



Diálogos

de Derecho y Política

NÚMERO 13 // AÑO 6 // ENERO - ABRIL DE 2014 // ISSN 2145-2784



UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA
1803

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

Revista electrónica *Diálogos de Derecho y Política*

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

Rector

Alberto Uribe Correa

Decana

Clemencia Uribe Restrepo

Director-editor

Cristian Zapata Chavarría

Comité Científico

Juan Antonio García Amado
Roberto Gargarella
Antonio Carlos Wolkmer
Rodolfo Arango Rivadeneira
Juan Guillermo Gómez García
Francisco Cortés Rodas

Comité Editorial

Fabio Humberto Giraldo Jiménez
William Fredy Pérez Toro
Manuel Alberto Alonso Espinal
Juan Oberto Sotomayor Acosta
Gloria Patricia Lopera Mesa
Gloria María Gallego
Mario Alberto Montoya Brand
Julio González Zapata
Lina Claudia Adarve Calle
Rafael Rubiano Muñoz

Diagramación

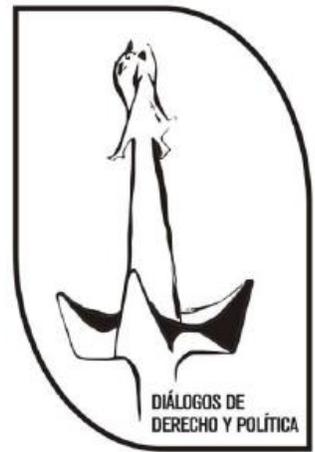
Oficina de Comunicaciones, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Universidad de Antioquia

Contacto

dialogosudea@gmail.com
<http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/>

Contenido

Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano. Alejandra Marcela Arenas Moreno	4
La unidad de la jurisdicción en el estado colombiano. Una mirada a partir de la Constitución Política de 1991. Dairo Andrés Rosero Rico.....	25
Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia. Karen Viviana Armenta Maestre	47
Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes. Kamila Jaramillo Campo	71
Aciertos y desaciertos normativos del sistema de riesgos laborales de los trabajadores independientes en Colombia. Ingrid Clemencia Gómez Peñaloza	85
Apreciaciones frente a cambios en los proyectos de vida de las víctimas indemnizadas en el marco del decreto 1290 de 2008. Fredy Mejía Ceballos	108
Derechos humanos de las mujeres en la zona nororiental de Medellín alcances y desafíos institucionales y comunitarios. Heidy Cristina Gómez Ramírez.....	122
Derecho de resistencia en el contexto de proyectos extractivistas. El caso de Piedras – Tolima. Semillero de Sociología del Derecho y Teorías Jurídicas Críticas.....	144
¿Dónde está la rebelión? Recientes transformaciones del tratamiento dado al delincuente político. Olga Lucía Bernal García	167
Hegel: elementos para el estado de bienestar. Juan Carlos Rubiano.....	186
Una respuesta a la reseña de Edwin Cruz Rodríguez <i>Las antinomias del giro ontológico</i> . En: Diálogos de Derecho y Política. Medellín. Año 5, No. 12 (Ene.-Dic. 2013). Iván Darío Ávila Gaitán	197



Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano.¹

Alejandra Marcela Arenas Moreno

Abogada y Especialista en Derecho Constitucional
de la Universidad de Antioquia.

¹ Artículo elaborado para optar por el título de Especialista en Derecho Constitucional de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

En el presente artículo, a partir de la fuerza normativa de la Constitución y supremacía constitucional se analizan los diversos aspectos en torno a las omisiones legislativas inconstitucionales, deteniéndose en la necesidad de establecer los requisitos esenciales para que dicha figura jurídica sea fiscalizable por el órgano constitucional competente. Dicho temario se contextualiza al caso colombiano, tanto desde la Constitución Política de 1991, como la doctrina de la Corte Constitucional, para luego mostrar las razones que apoyan la viabilidad de control de todo tipo de omisiones legislativas – tanto absolutas como relativas- por parte del Tribunal Constitucional de Colombia

Palabras Clave: Supremacía constitucional, fuerza normativa de la Constitución, omisión legislativa inconstitucional, jurisdicción constitucional.

Inconstitucionalidad por omisión legislativa. Contexto colombiano.

Introducción.

Abordar el tema acerca de las omisiones inconstitucionales y su control jurisdiccional no resulta fácil, debido a que en torno a él giran diferentes cuestiones importantes tales como: la fuerza normativa de la Constitución, las normas constitucionales programáticas, los deberes constitucionales, la división de poderes, eficacia de los postulados constitucionales, supremacía de la Constitución, dictadura de los jueces, entre otros. Con este planteamiento lo que se busca enfatizar es que el tema enunciado presenta diferentes puntos de vista; en esa medida en el desarrollo del presente trabajo no se pretende tratar íntegramente dichos asuntos, sino dar una mirada general y enunciativa a algunos de ellos, con el fin de apoyar la tesis que sostiene que la Constitución posee fuerza normativa vinculante para todos los poderes públicos -incluido el legislador- y por tanto debe primar su supremacía.

Para cumplir dicho cometido se presenta el siguiente plan de trabajo: en principio se hará un intento por argumentar sólidamente en que consiste la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía, con el fin de mostrar, desde dicho punto de vista, la importancia de tomarse en serio las omisiones legislativas; luego se brindarán pautas generales que nos sirven para la identificación de las omisiones legislativas, ejemplificando algunas de ellas a partir de la Constitución Política de 1991; luego se enunciarán brevemente las figuras de omisión legislativa absoluta y relativa, tanto desde la teoría como desde la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, así como la viabilidad del control de las omisiones legislativas en Colombia. Posteriormente, se expondrá el caso de Brasil y Portugal, donde sus Constituciones expresamente consagran la acción pública de inconstitucionalidad por omisión legislativa. Por último se enunciará la tesis a favor de la institucionalización de esta figura dentro del ordenamiento jurídico colombiano, acompañado de unas breves conclusiones.

Fuerza normativa de la Constitución.

La fuerza normativa de la Constitución se ve debilitada entre otras, por la vulneración activa y omisiva de sus postulados, lo que conlleva a su ineficacia y falta de concreción. Ello producido en ocasiones, por la inactividad del legislador, al no sentirse vinculado por los mandatos constitucionales, como puede ocurrirle también a los demás poderes públicos. Sumado a ello, cuando una Constitución –como la nuestra- consagra una serie de derechos y facultades que, traídos a la realidad social son casi imposibles de efectivizar; el juez constitucional se ve en la tarea de asumir las demandas de los ciudadanos frente a estos derechos.

Para Kelsen² la Constitución es una norma jurídica, y no cualquiera, sino la primera entre todas, *lex superior*, donde se estipulan los valores superiores de un ordenamiento y desde esa primacía es capaz de exigir cuentas, de establecerse como el parámetro de validez de todas las demás normas jurídicas del sistema. La Ley Fundamental como norma jurídica resulta exigible ante los jueces y vinculante tanto para los ciudadanos como para los

² Citado por GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. “La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional” Editorial Civitas S. A. Pág. 123.

poderes públicos; en ese orden de ideas, son fiscalizables por parte del Tribunal Constitucional no solo las acciones de dichos entes, sino también sus omisiones.

Ocurre entonces lo que el profesor Víctor Bazán³ denomina la “metamorfosis”, consistente en pasar de la pretensión de omisión por parte de los poderes públicos, en tanto se trate de derechos de defensa, que clásicamente se garantizan por el no intervencionismo del Estado en su desarrollo, a la prohibición de omisión, es decir, la posibilidad de exigirle a las autoridades públicas que no omita, que intervenga en la materialización de las prestaciones garantizadas por la Constitución, como es el típico caso de los derechos sociales.

En esa medida al Estado le corresponde entre otros, promover condiciones que garanticen la vigencia de los postulados constitucionales. Para el caso colombiano, podemos citar algunos ejemplos de la Constitución Política de 1991: ARTÍCULO 2° — Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, *promover* la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución (...), ARTÍCULO 55°—Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado *promover* la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo; ARTÍCULO 70°—El Estado tiene el deber de *promover* y fomentar el acceso a la cultura de todos los colombianos en igualdad de oportunidades, por medio de la educación permanente y la enseñanza científica, técnica, artística y profesional en todas las etapas del proceso de creación de la identidad nacional (...), ARTÍCULO 226°—El Estado *promoverá* la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional. (Cursivas fuera de texto).

Es indispensable además referenciar que la Constitución Política de Colombia, está compuesta no sólo por sus 380 artículos, sino que en virtud del denominado bloque de constitucionalidad, hacen parte de ella y tienen rango constitucional los tratados internacionales de derechos humanos y derecho internacional humanitario ratificados por el Congreso; esto en virtud del artículo 93 Superior. El bloque de constitucionalidad se compone por normas y principios que, sin presentarse formalmente en el articulado de la Carta Política, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, puesto que han sido normativamente integrados a la Constitución. De esa manera se armoniza plenamente el principio de supremacía de la Constitución, como norma de normas, con la prevalencia de los tratados, que reconocen los derechos humanos y prohíben su limitación en los estados de excepción. Así lo dispuso la propia Corte Constitucional en sentencia C 225 de 1995⁴.

Para el tema que nos ocupa, es importante señalar que la omisión legislativa inconstitucional también puede originarse en un postulado constitucional que haga parte del bloque de constitucionalidad, puesto que como ya se explicó, las normas que conforman dicho bloque tienen fuerza y rango de Constitución.

Si se parte de la premisa que la Constitución es “norma de normas”, tal como se encuentra estipulado en el artículo cuarto de la Constitución Política de 1991, se debe armonizar dicho

³ BAZÁN Víctor. Hacia la plena exigibilidad de los preceptos constitucionales: el control de las omisiones inconstitucionales. Especial referencia a los casos de Brasil y Argentina. **En** Inconstitucionalidad por omisión. Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 46.

⁴ Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

precepto con su supremacía, esto es, que ninguna ley de inferior jerarquía, puede contravenir los mandatos constitucionales, pues de ser así se estaría frente a una norma inconstitucional. Esto constituye una violación de los postulados constitucionales por “acción”, pero como ya se reseñó, se considera que dichos preceptos también pueden violarse vía “omisión”, lo que ocurre justamente cuando el Legislador omite cumplir un deber constitucional que tenga como fin materializar y mantener la vigencia de la Carta Política.

Supremacía constitucional.

El mejor argumento para que el Tribunal Constitucional avoque conocimiento respecto de omisiones legislativas presuntamente inconstitucionales, lo encontramos en la denominada supremacía constitucional, cuyos inicios van de la mano del Tribunal Constitucional en la historia; sostiene el profesor Hans Kelsen, en “la Garantía Jurisdiccional de la Constitución⁵”, que la noción de Constitución ha conservado un núcleo permanente, a saber: la idea de un principio supremo que determina el orden estatal en su totalidad y la esencia de la comunidad constituida por este orden. La Constitución es siempre el fundamento del Estado, la base del ordenamiento jurídico de que se trate y por tanto la norma jurídica suprema del ordenamiento.

Para Kelsen⁶, la Constitución es la norma que regula la elaboración de las demás leyes; mediante dicho proceso de creación se expresa jurídicamente el equilibrio de las fuerzas políticas del Estado. Esta regla sobre la creación de normas que conforman el ordenamiento jurídico, permiten la materialización de los órganos del Estado y determinan el procedimiento que la legislación debe seguir, forma la Constitución en el sentido propio, originario y estricto de la palabra.

En otros términos, el valor supremo de la Constitución es tal que no solo fija deberes constitucionales al Legislador para que desarrolle determinados contenidos, sino que, regula la forma en que dichas normas deben crearse. Por tanto la Constitución, como bien lo expresa el artículo cuarto de nuestra Carta Política, es norma de normas, y el control sobre la compatibilidad entre las leyes y la propia Carta por parte del Tribunal Constitucional, constituye su mayor garantía. O en términos del propio Kelsen⁷: “Las garantías de la Constitución no son entonces más que medios contra leyes inconstitucionales”.

Con el fin de reafirmar el valor supremo que guarda la Constitución Política, se trae a colación lo pronunciado por el Juez Marshall, quien en la histórica Sentencia del caso *Marbury vs. Madison*⁸, plantea que, o bien la Constitución controla cualquier ley contraria a ella, o bien el legislativo puede alterar la Constitución a través de una ley ordinaria. Es decir, entre ambas alternativas no hay término medio posible: o la Constitución es una ley superior, inalterable por medios ordinarios; o se encuentra al mismo nivel que las leyes y, como cualquiera de ellas, puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al legislativo le plazca. Este es el punto de partida para decir que, la Constitución es la norma suprema y

⁵ Kelsen Hans. La garantía Jurisdiccional de la Constitución. En *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*. Selección y Presentación de Juan Ruiz Manero. Editorial Debate. Madrid. Pág. 114

⁶ Op cit. Pág. 115

⁷ Op Cit. Pág. 116

⁸ Sentencia *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de Estados Unidos de América. (24 de febrero de 1803). Traducción profesor IGNACIO FERNANDEZ SARASOLA.

como tal, debe siempre tener aplicación preferente frente a las demás normas del ordenamiento jurídico de menor jerarquía.

Sin embargo, resulta indispensable enunciar que las cláusulas constitucionales pueden enmarcarse de modo muy general en programáticas y operativas⁹, sobre las primeras se puede mencionar que las mismas requieren desarrollo legislativo para poder cumplir el fin constitucional que le haya sido asignado; mientras que las segundas, esto es, las normas constitucionales operativas, pueden describirse como auto aplicables y en esa medida no requieren de otras normas para efectivizarse. Para el caso colombiano, los derechos fundamentales invocados mediante acción de tutela encajan perfectamente en las normas constitucionales de tipo operativo, su aplicación inmediata le proporciona al juez constitucional herramientas suficientes para resolver el caso sub examen desde la consagración en la Carta Política, sin necesidad de que exista ley que regule el derecho en cuestión.

En la T 406 de 1992, sentencia hito de nuestro Tribunal Constitucional, al respecto de la garantía de los derechos fundamentales mediante la acción de tutela manifestó que:

*“Para que un derecho constitucional pueda ser considerado como fundamental, debe además ser el resultado de una aplicación directa del texto constitucional, sin que sea necesario una intermediación normativa; debe haber una delimitación precisa de los deberes positivos o negativos a partir del sólo texto constitucional. Por lo tanto, en normas que poseen una "textura abierta", como por ejemplo las que establecen meros valores constitucionales, a partir de la cual el legislador entra a fijar el sentido del texto, no podrían presentarse la garantía de la tutela. Está claro que no puede ser fundamental un derecho cuya eficacia depende de decisiones políticas eventuales”*¹⁰

Como lo ha señalado la propia Corte Constitucional en sentencia T 760 de 2008¹¹, uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión ‘derechos fundamentales’ es el concepto de ‘*dignidad humana*’, el mismo que de acuerdo con lo estipulado en el Decreto 2591, artículo 2, debe ser valorado justamente enmarcándolo dentro de la situación particular de cada persona.

En esa medida, la acción de tutela y la protección efectiva de los derechos fundamentales que con ella se busca, no se encuentra supeditada al desarrollo legislativo de los mismos, es más, no es necesario que el derecho fundamental invocado se encuentre expreso dentro del Texto Constitucional, basta con que el juez constitucional dentro del caso concreto, logre identificar la vulneración de dicho derecho.

Resulta oportuno retomar lo señalado líneas arriba, respecto del carácter prestacional de los derechos sociales, puesto que en nuestra Constitución Política estos derechos están consagrados en cláusulas programáticas y –como ya se dijo- requieren desarrollo de normas infra constitucionales para ser materializados. Frente a estos derechos pueden predicarse de forma más evidente omisiones legislativas inconstitucionales.

⁹ Distinción hecha por el profesor Víctor Bazán. Op Cit. Pág. 49

¹⁰ Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón.

¹¹ Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa.

La Corte Constitucional ha manifestado que la seguridad social se encuentra prevista en el Texto Superior como un derecho económico y social, el cual según la jurisprudencia constitucional¹², es considerado como un *derecho prestacional y programático*, ya que le otorga, por una parte, a todas las personas el derecho de exigir una determinada *prestación* (...). Es entonces comprensible, razonable y coherente que la efectividad del derecho a la seguridad social como derecho prestacional requiera, entre otros aspectos, de una estructura básica que permita atenderlo y de una constante asignación de recursos provenientes, en primer término, del cálculo actuarial del mismo sistema, a través de tasas de cotización, semanas mínimas de permanencia, períodos de fidelidad, plazos de carencia, etc, y en segundo término, del subsidio implícito del Estado, quien a través de sus propios recursos fiscales, debe asegurar el acceso de todos los habitantes del territorio colombiano a los derechos irrenunciables de la seguridad social (C.P. art. 48).

En este orden de ideas, la Corte ha sostenido que:

“(...) en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva. Empero, la jurisprudencia de la Corte ha sido reiterativa en manifestar que la condición meramente programática de los derechos económicos, sociales y culturales tiende a transmutarse hacia un derecho subjetivo, en la medida en que se creen los elementos que le permitan a la persona exigir del Estado la obligación de ejecutar una prestación determinada, consolidándose entonces (el deber asistencial), en una realidad concreta en favor de un sujeto específico (...)”¹³.

El caso más diciente de omisión legislativa respecto de un derecho social consagrado en la Constitución Política de 1991, corresponde al artículo 53 constitucional, que establece lo siguiente: el Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad (...). Han transcurrido 20 años desde la expedición de la Constitución Política de 1991 y el Congreso aún no ha cumplido el citado mandato constitucional, cabe anotar que el mismo se encuentra dentro del capítulo dos, denominado: de los derechos sociales, económicos y culturales.

En pocas palabras, como lo plantea el autor Rupert Scholz¹⁴: la Constitución no podrá jamás desarrollar ella misma, en forma directa y definitiva una “realidad social”, tampoco

¹² Véase, entre otras, las sentencias: T-102 de 1998, T-560 de 1998, SU-819 de 1999, SU-111 de 1997 y SU-562 de 1999.

¹³ Sentencia SU- 819 de 1999 Magistrado Ponente: Álvaro Tafur Galvis.

¹⁴ SCHOLZ Rupert. “Alemania: cincuenta años de la Corte Constitucional Federal” [En línea]. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2002. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr5.pd>. Consultado el 12 de diciembre de 2010.

podrá diseñarla. Concretar las demandas sociales atinentes al Estado Social de Derecho, constituye un verdadero compromiso con la situación socio – política que este predica.

Justamente, porque resulta imposible desarrollar en manera íntegra las cláusulas constitucionales, especialmente las de tipo programático, dentro del propio texto constitucional, es que se hace necesario por parte del Legislador, darle desarrollo a las mismas a través de las leyes. Esto constituye lo que el tratadista Gomes Canotilho¹⁵ denomina: “derecho objetivo a la normación”, derecho a exigir una actuación positiva del Legislador; exigencia que si no se lleva a efecto puede desembocar en una omisión legislativa inconstitucional, tal como se verá más adelante.

Se plantea el siguiente interrogante: ¿si la Constitución Política le ordena expresamente al Legislador desarrollar un punto específico de su articulado, y dicho órgano omite hacerlo, no será ésta una situación jurídica de relevancia constitucional, de supremacía constitucional, que merece un pronunciamiento serio y de fondo de parte del Tribunal Constitucional?

Para entender mejor el asunto, a continuación se caracterizará la omisión legislativa inconstitucional, enunciando los requisitos que debe cumplir para poder ser fiscalizada por el órgano de control.

Características generales de la omisión legislativa inconstitucional.

El autor Bidart Campos¹⁶ manifiesta que la omisión legislativa inconstitucional consiste en incumplir los mandatos constitucionales que son de carácter permanente y concreto. En esa medida, para que la omisión se considere inconstitucional no puede reducirse a un simple “no hacer”, puesto que requiere incumplir aquello a lo que de forma concreta el legislador se encontraba constitucionalmente obligado. Un elemento importante a la hora de verificar si se está o no frente a una omisión legislativa inconstitucional, es el temporal, debido justamente, a que ninguna omisión puede describirse en abstracto y para concretizarla es necesario examinar en el caso puntual, el tiempo en el cual debió ser expedida la ley y la necesidad de producción de la misma para mantener el orden constitucional.

Lo anterior significa que para tener certeza acerca de si la omisión repunta como inconstitucional, debe comprobarse en primer lugar que se está frente al desconocimiento de un mandato o deber constitucionalmente ordenado, en segundo término se debe examinar si dicho mandato es concreto, es decir, que resulte vinculante para el legislador, luego, debemos evaluar el espacio de tiempo transcurrido desde que se emitió la orden.

Parafraseando a los Magistrados¹⁷ de la Corte Constitucional que aclararon su voto dentro de la sentencia C 543 de 1996¹⁸ se pueden recapitular los elementos esenciales para identificar la omisión legislativa inconstitucional en los siguientes dos ítems:

¹⁵ Citado por FERNANDEZ SEGADO Francisco. La inconstitucionalidad por omisión: ¿cauce de tutela de los derechos de naturaleza socioeconómica? **En** Inconstitucionalidad por omisión. Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 36.

¹⁶ BIDART CAMPOS Germán. Algunas reflexiones sobre las omisiones inconstitucionales. **En** Inconstitucionalidad por omisión. VÍCTOR BAZÁN Coordinador Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 14 y ss.

¹⁷ Doctores Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

¹⁸ Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

a) Deber constitucionalmente mandado. Sólo se puede hablar de omisión legislativa allí en donde la Carta impone al Legislador el deber de expedir una determinada regulación; la función legislativa no se reduce a la simple ejecución de los postulados constitucionales, además, es un órgano que toma decisiones libres dentro del marco permitido por la Carta. Se hace necesario entonces diferenciar aquellos ámbitos en donde el Congreso tiene la facultad de desarrollar o no un determinado tema, de aquellos otros donde el Texto Constitucional le impone la obligatoria reglamentación de una institución o un derecho. A manera de ejemplo tenemos que la Constitución Política faculta la reglamentación de los jueces de paz, pero no impone una obligación expresa de desarrollar la materia mediante la ley, puesto que el artículo 247 superior señala que la ley "podrá" crear estos jueces; por tanto, en preciso sentido, no se puede jurídicamente hablar de omisión legislativa en este campo, pues el Congreso no tiene la obligación constitucional de consagrar esta figura. Caso contrario, se encuentra en el ya referido artículo 53 superior, donde no sólo se faculta al Congreso para que expida el estatuto del trabajo sino que le ordena hacerlo, por lo cual en este caso podría existir una verdadera omisión inconstitucional del Legislador.

b) Carácter manifiesto de la omisión legislativa. La omisión debe saltar a la vista, lo que implica tener presente diversos criterios: si la norma constitucional ha fijado un determinado plazo para que el Legislador cumpla el mandato, la verificación de la omisión legislativa plantea menos dificultades. Por ello, si no existe tal término, el juez constitucional debe analizar otros elementos, como la razonabilidad del tiempo transcurrido, las dificultades para expedir la regulación por la complejidad del tema, la existencia o no de tentativas para aprobar la ley, las implicaciones de la omisión legislativa para el goce de los derechos constitucionales, entre otros.

Respecto de los parámetros temporales para detectar la omisión inconstitucional, tal como lo plantea el profesor Bazán¹⁹, resulta indispensable cuestionarse acerca de ¿cuál es el período de tiempo válido para que el órgano legislativo omita cumplir un deber constitucional sin incurrir en una omisión de tipo inconstitucional?

Para ello y debido a los diferentes tipos de normas constitucionales, lo primero sería revisar sobre qué tipo de norma constitucional se pretende predicar la omisión, así como la manera en que la misma se encuentra redactada y qué tipo de derecho o facultad está consagrado en ella.

Es importante precisar si en el mandato constitucional se encontraba establecido un término expreso para cumplirlo; si la norma constitucional trae consigo el término en que debe emitirse la legislación, resulta más fácil demostrar la omisión por parte del Legislador; caso contrario, cuando la norma no nos habla de un término, se deben dar las razones de relevancia constitucional, por las cuales la norma es necesaria en este momento para materializar los postulados constitucionales, apuntando así que la omisión es de tipo inconstitucional; además el hecho de que no se establezcan plazos, no significa que el órgano legislativo pueda omitir el cumplimiento del mandato por término indefinido, pues se corre el riesgo de que se congelen algunos derechos constitucionales, por carecer de

¹⁹ BAZAN Víctor. Op cit. Pág. 56

normas infra constitucionales que los desarrollen. Así lo plantea el profesor Néstor Pedro Sagües²⁰, al teorizar respecto de la Constitución de la Provincia de Río Negro (Argentina).

Desde la Constitución Política de 1991, se puede mostrar mejor el asunto, para ello, primero se enunciarán normas que no establecen un determinado período de tiempo para que el Legislador las desarrolle a través de la expedición de leyes:

“ARTÍCULO 61°—El Estado protegerá la propiedad intelectual por el tiempo y mediante las formalidades que establezca la ley (...) ARTÍCULO 69°—Se garantiza la autonomía universitaria. Las universidades podrán darse sus directivas y regirse por sus propios estatutos, de acuerdo con la ley. La ley establecerá un régimen especial para las universidades del Estado. El Estado fortalecerá la investigación científica en las universidades oficiales y privadas y ofrecerá las condiciones especiales para su desarrollo (...) ARTÍCULO 78°—La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización. Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios (...) ARTÍCULO 124°—La ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva.”

De otro lado, en el ARTÍCULO 150 se consagra lo siguiente: corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: (...) 4. *Definir la división general del territorio con arreglo a lo previsto en esta Constitución, fijar las bases y condiciones para crear, eliminar, modificar o fusionar entidades territoriales y establecer sus competencias.* Concordado con lo estipulado en el ARTÍCULO TRANSITORIO 38°—

“El gobierno organizará e integrará, en el término de seis meses, una comisión de ordenamiento territorial, encargada de realizar los estudios y formular ante las autoridades competentes las recomendaciones que considere del caso para acomodar la división territorial del país a las disposiciones de la Constitución. La comisión cumplirá sus funciones durante un período de tres años, pero la ley podrá darle carácter permanente. En este caso, la misma ley fijará la periodicidad con la cual presentará sus propuestas.”

Las precitadas normas constitucionales dan pie para enunciar la segunda gran omisión legislativa²¹ de nuestro ordenamiento jurídico, a saber: el plan de ordenamiento territorial nacional, el cual, no obstante haber sido ordenado en el artículo 150 – 4 y afianzado en el artículo transitorio 38 de nuestra Carta Política; veinte años después, el Congreso de la República de Colombia no ha expedido.

En cuanto a mandatos constitucionales que estipulen plazos para su desarrollo, se pueden traer a colación los siguientes: ARTÍCULO 349°—Durante los tres primeros meses de cada

²⁰ SAGÜES Néstor Pedro. La acción de inconstitucionalidad por omisión en la Constitución de la Provincia de Río Negro. **En** Inconstitucionalidad por omisión. VÍCTOR BAZÁN Coordinador Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 113

²¹ Cabe recordar que la primera omisión referenciada corresponde a la no expedición del Código Sustantivo del Trabajo, ordenado en el artículo 53 superior.

legislatura, y estrictamente de acuerdo con las reglas de la ley orgánica, el Congreso discutirá y expedirá el presupuesto general de rentas y ley de apropiaciones. Los cómputos de las rentas, de los recursos del crédito y los provenientes del balance del tesoro, no podrán aumentarse por el Congreso sino con el concepto previo y favorable suscrito por el ministro del ramo, ARTICULO TRANSITORIO 21°—Las normas legales que desarrollen los principios consignados en el artículo 125 de la Constitución serán expedidas por el Congreso dentro del año siguiente a su instalación. Si en este plazo el Congreso no las dicta, el Presidente de la República queda facultado para expedirlas en un término de tres meses. A partir de la expedición de las normas legales que regulen la carrera, los nominadores de los servidores públicos la aplicarán en un término de seis meses. El incumplimiento de los términos señalados en el inciso anterior será causal de mala conducta. Mientras se expiden las normas a que hace referencia este artículo, continuarán vigentes las que regulan actualmente la materia en cuanto no contraríen la Constitución, ARTICULO TRANSITORIO 55°—Dentro de los dos años siguientes a la entrada en vigencia de la presente Constitución, el Congreso expedirá, previo estudio por parte de una comisión especial que el Gobierno creará para tal efecto, una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley (...).

Respecto del artículo transitorio 21, que hace alusión a la expedición de normas que desarrollen el artículo 125 constitucional, es importante señalar, que si bien, la misma norma consigna un plazo expreso para que el Congreso cumpla dicha labor, a la vez plantea una solución en caso de incumplimiento, esto es, la potestad que se le otorga al Presidente de la República para hacerlo. Este es un asunto interesante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, puesto que, planteado como está, vale la pena preguntarse si en caso de incumplimiento por parte del Congreso, y aun cuando el Presidente supliere dicha labor, ¿se consolidaría una omisión legislativa inconstitucional?

A continuación, y luego de haberse presentado a grandes rasgos las características de la omisión legislativa inconstitucional, se ofrece una definición, que se considera recoge sólidamente dichas particularidades; para posteriormente, conceptualizar la omisión legislativa absoluta y relativa.

De acuerdo con el profesor Fernández Rodríguez²², se conceptualiza la omisión legislativa inconstitucional como: *“la falta de desarrollo por parte del poder legislativo, durante un tiempo excesivamente largo, de aquellas normas constitucionales de obligatorio desarrollo, de forma tal que se impide su eficaz aplicación”*.

Omisión legislativa absoluta.

La omisión legislativa es absoluta, cuando el Legislador omite regular totalmente la materia contenida en el mandato constitucional, en cierta medida, puede asemejarse a una laguna jurídica, al no dar desarrollo, dentro del ordenamiento vigente, a un precepto constitucional,

²² FERNANDEZ RODRIGUEZ José Julio. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español relativa a la inconstitucionalidad por omisión. En Inconstitucionalidad por omisión. VÍCTOR BAZÁN Coordinador Editorial Temis. Bogotá. 1997. Pág. 123.

que requiere justamente de dicho pronunciamiento para ser aplicable de modo eficaz. La distinción entre omisión absoluta y relativa se debe a Wessel²³.

De otro lado, cuando la omisión es materialmente inconstitucional, estamos frente a la omisión legislativa relativa, según lo plantea el autor Bidart Campos²⁴; porque a pesar de haberse dictado la Ley, la misma desconoce principios materiales de la Constitución, resultando violatoria entre otros, del principio de igualdad, al no regular todas las situaciones análogas al supuesto y por tanto resulta siendo parcialmente inconstitucional.

A partir de la jurisprudencia de nuestra Corte Constitucional, podemos enunciar brevemente que dicho órgano de control ha venido diferenciando entre omisiones legislativas absolutas y omisiones legislativas relativas: respecto de las primeras ha manifestado no ser competente para conocer de dicho asunto, puesto que, al no existir pronunciamiento alguno por parte del Legislador frente a un tema determinado, no existe parámetro que comparar con el texto constitucional y en esa medida, no es dable pronunciarse respecto de la inconstitucionalidad o no de la misma.

Así lo ha dejado plasmado, por ejemplo en la sentencia C 543 de 1996 -Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz -, donde entre otras afirmaciones, encontramos que la acción pública de inconstitucionalidad aunque permite realizar un control más o menos extenso de la labor legislativa, en momento alguno autoriza examinar lo que el legislador genéricamente ha omitido, conforme a las directrices constitucionales; por el contrario lo que se pretende mediante la acción de inconstitucionalidad, es evaluar si el legislador al actuar, ha vulnerado o no los distintos cánones que conforman la Constitución, por esta razón, se excluye de esta forma de control evaluar las omisiones legislativas absolutas: si no hay actuación, no hay acto qué comparar con las normas superiores, no hay acto que pueda ser sujeto de control. Concluye el Alto Tribunal que carece de competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta.

Llama la atención, sin embargo, que en la misma sentencia, la Corte Constitucional reconoce que el Legislador puede violar los deberes que le impone la Constitución de dos maneras, y que una de ellas, precisamente se origina cuando no produce ningún precepto encaminado a ejecutar el deber concreto que le ha impuesto la Constitución, es decir, cuando estamos frente a una omisión legislativa absoluta. Para la Corte resulta claro que existe violación de un deber constitucional, pero, a renglón seguido, manifiesta no ser competente para conocer de dicha violación.

En la sentencia C 041 de 2002²⁵, nuestra Corte Constitucional respecto de la omisión legislativa absoluta consideró que ésta consiste en la falta total de regulación normativa, referida a un aspecto cualquiera de la realidad regulable. Por sustracción de materia, la ausencia íntegra de normatividad no puede ser confrontada con ningún texto, lo cual incluye, por supuesto, los postulados constitucionales; la jurisprudencia admite que frente a este tipo de omisiones el juez constitucional se encuentra impedido para ejercer el juicio de constitucionalidad correspondiente.

²³ Así lo sostiene el autor Bidart Campos en la precitada obra. Pág. 18.

²⁴ Op. Cit. Pág. 17.

²⁵ MP: Marco Gerardo Monroy Cabra.

Omisión legislativa relativa.

Sin embargo, la Corte Constitucional, asume competencia respecto de las denominadas omisiones legislativas relativas, en donde, se adopta, en nuestra jurisprudencia constitucional, dos tipos de dogmáticas: en primer lugar la figura alemana de la “exclusión arbitraria de beneficios” que tiene como metodología para el control, el parámetro normativo de vulneración de derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso, y por otro lado la doctrina italiana de las sentencias sustitutivas e integradoras, ya que en la parte resolutive, la Corte Constitucional, mediante sentencia, puede corregir la legislación objeto de control integrando el precepto, convirtiéndose de esta manera no solo en un legislador negativo según la expresión de Kelsen, sino en un legislador positivo y activo.

En la citada sentencia C 543 de 1996, nuestro Tribunal Constitucional, acepta que la omisión legislativa relativa, es el tipo de omisión que parte de supuestos de diferenciación o discriminación que vulneren derechos fundamentales. En este caso sí se expidió la legislación por parte del órgano competente, pero se omitieron ciertos aspectos que vulneran derechos fundamentales como la igualdad y el debido proceso, que pueden ser corregidos o integrados por sentencia.

Es así como nuestra Corte Constitucional en sentencia C 522 de 2009²⁶, al respecto de las omisiones legislativas relativas manifiesta que se presentan en aquellos casos en los que efectivamente existe un desarrollo legislativo vigente, pero el mismo ha de considerarse imperfecto, puesto que excluye de manera implícita un elemento normativo concreto que en razón a la existencia de un deber constitucional específico, tenía que haberse contemplado al desarrollar legislativamente la materia, por lo que, resulta posible ocuparse de estas omisiones legislativas, pues existe un precepto legal sobre el cual pronunciarse, y es factible llegar a una conclusión sobre su exequibilidad a partir de su confrontación con los textos constitucionales de los que emanaría el deber incumplido por el legislador.

Respecto de los tipos de sentencias a que puede llegar la Corte, en virtud del estudio de las omisiones legislativas relativas, se expresó en la misma sentencia que la decisión que devuelve la integridad de la Constitución depende de las circunstancias particulares de la omisión encontrada y del contenido específico de la norma de la cual se predica; tanto así que en algunos casos la solución consiste en la exclusión, previa declaratoria de su inexecutable, del elemento normativo específico que puede considerarse el causante de la omisión, o en otras palabras, aquel cuya presencia restringe injustificadamente el alcance del precepto, dejando por fuera circunstancias que deberían quedar cobijadas por él. Por otro lado pueden existir ocasiones donde lo procedente es que la Corte dicte una sentencia interpretativa, en la que declare que la disposición demandada es executable, pero, con la condición de que sus efectos se extiendan a otras situaciones distintas de las que la norma directamente contempló, justamente, aquellas sobre las cuales se encontró probada la omisión legislativa.

Vemos que en materia de omisiones legislativas relativas, la Corte Constitucional ha elaborado una teoría importante, que ha permitido la protección de diferentes derechos constitucionales, violentados por el legislador, cuando en función de un deber constitucional, omite un elemento esencial para que dicha legislación cumpla su cometido,

²⁶ Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

esto es, materialice los preceptos constitucionales, otorgando verdaderas facultades y derechos a las personas.

Viabilidad de control constitucional de las omisiones legislativas en Colombia.

Acerca de la viabilidad de control constitucional sobre las omisiones legislativas, lo primero que se debe señalar es que en nuestro ordenamiento jurídico, la jurisdicción constitucional fue creada en la Constitución Política de 1991.

El modelo constitucional colombiano que la jurisprudencia ha llamado difuso funcional se caracteriza por comprender por un lado, la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, como órganos encargados del control abstracto de constitucionalidad, y, por el otro, todos los jueces y corporaciones que deben decidir las acciones de tutela o resolver acciones y recursos previstos para garantizar los derechos constitucionales o al hacer uso de la excepción de inconstitucionalidad en los casos concretos sometidos a su consideración.

En este esquema la Corte Constitucional es el máximo órgano de la jurisdicción constitucional, para lo cual debe ejercer su labor en los estrictos y precisos términos señalados en el artículo 241 Superior; norma que comprende un amplio y detallado marco de competencias, coherente con su naturaleza como principal autoridad encargada de ejercer el control constitucional en Colombia.

Como lo ha afirmado la jurisprudencia de la Corte Constitucional en materia de control abstracto de constitucionalidad, ella tiene la más amplia competencia mientras que el Consejo de Estado, por vía residual, conoce de todos aquellos actos que no están atribuidos a la Corte.

En virtud de estas competencias concurrentes en el control abstracto de constitucionalidad, la Corte cumple la labor principal y prevalente, para lo cual tiene asignadas las más amplias funciones, pero limitadas por el marco previsto en el artículo 241 Superior, mientras el Consejo de Estado cumple una función residual, limitada a su vez por el artículo 237-2 Superior.

Referente al tema que nos ocupa, y como ya se observó en la doctrina de la Corte Constitucional, dicho órgano ejerce control abstracto a través de la acción pública de inconstitucionalidad respecto de las denominadas omisiones legislativas relativas. En cuanto a las omisiones legislativas absolutas, el Alto Tribunal ha manifestado no tener competencia sobre las mismas. Sin embargo, y en virtud de la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía, existen algunas posiciones tendientes a sostener que esta decisión de la Corte, no es acertada ni coherente con los fines constitucionales que dicho órgano está llamado a preservar.

Así lo consideraron los Magistrados Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero en aclaración de voto de la Sentencia C 543 de 1996, y cuya tesis puede resumirse en los siguientes términos: Partiendo de la premisa de que la Constitución es norma de normas y de que ella no sólo contiene prohibiciones o reglas de competencia, sino que, además exige deberes positivos a los diversos órganos del Estado, entre los cuales está obviamente incluido el Legislador, si este no cumple esos mandatos específicos, podría configurarse una violación a la Carta que, en caso de ser demandada, caería bajo la

competencia de la Corte Constitucional, de acuerdo con el artículo 241, ordinal cuarto de la Carta Política.

Las interpretaciones conformes a la Constitución de los textos legales acusados en demandas de inconstitucionalidad, supone el reconocimiento de que el control constitucional recae en esencia sobre las normas derivadas de las leyes por vía de interpretación, más que sobre los textos en sí mismos considerados, esto es, sobre los contenidos materiales de las leyes. De donde una omisión legislativa absoluta no genera un vacío de regulación sino una norma específica. Por tanto no es dable afirmar que la Constitución sólo prevé control sobre las actuaciones del Legislador y no sobre sus omisiones absolutas, puesto que, en determinados casos, éstas pueden implicar una violación de la Carta, que no podría el Alto Tribunal dejar de controlar, pues le corresponde la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución (CP art. 241).

Lo anterior deriva de la propia naturaleza normativa de la Constitución y de la definición de Colombia como Estado social de derecho (CP arts. 1º y 4º), pues en nuestro ordenamiento jurídico, las autoridades no sólo tienen deberes negativos o de abstención, como en el Estado liberal, sino que tienen obligaciones positivas o de hacer, las cuales en muchas ocasiones, son la contrapartida de los derechos prestacionales de las personas. En consecuencia, los poderes del Estado, incluido obviamente el Legislador, pueden violar la Carta si no cumplen esas obligaciones, lo cual implica un cierto cambio de la función del control constitucional.

Finaliza la tesis de los Magistrados considerando, que si se asume en todos sus efectos la fuerza normativa de la Constitución y las consecuencias de la adopción del Estado social de derecho, necesariamente habrá que esgrimir que el juez constitucional puede ser, excepcionalmente, un garante del propio desarrollo de la Carta, por lo cual su función es también estimular la actividad de las otras autoridades.

En ese orden de ideas, se plantea que en nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en nuestra Carta Política y la doctrina de la Corte Constitucional, existen parámetros y razones suficientes para que dicho Tribunal, asuma la competencia para conocer de la inconstitucionalidad por omisiones legislativas absolutas, cuando se trate, claro está, del incumplimiento por parte del Legislador, de un deber constitucionalmente mandado e incumplido de forma irrazonable.

Si se parte de la idea que la omisión legislativa absoluta, es un hecho inconstitucional, un estadio de la realidad, que no corresponde con los postulados constitucionales, el Tribunal Constitucional en cumplimiento de su función de guardián de la supremacía e integridad de la Carta, debe abrogarse competencia para conocer de la misma, puesto que, no se pretende en momento alguno proponer que el juez constitucional asuma competencias de legislador en todo el sentido de la palabra, sino que la Corte Constitucional, como producto de asumir la competencia en materia de omisiones legislativas absolutas, debe emitir sentencias exhortativas²⁷, más conocidas como sentencias con efectos diferidos.

En la jurisprudencia constitucional colombiana se cuenta con la posibilidad de diferir los efectos de las sentencias en el tiempo, puede entonces el órgano de control en sus

²⁷ Como efectivamente lo ha hecho, por ejemplo, en la sentencia T 025 de 2004. Magistrado Ponente: Manuel José Cepeda Espinosa, donde exhorta a varios estamentos públicos a cumplir una serie de acciones, en un tiempo determinado.

providencias dar un plazo perentorio para que el órgano legislativo actúe, corrija o integre un precepto declarado inconstitucional. Tal como sucedió en la sentencia C 473 de 1994²⁸, donde se demandaron los artículos 416, 430 y 450 (todos parcialmente) del Código Sustantivo del Trabajo, y en cuya parte resolutive, numeral cuarto ordenó: *“Exhortar al Congreso para que en un plazo razonable expida una regulación de la huelga en los servicios públicos esenciales que sea acorde con la Constitución”*

Sin embargo, de la citada sentencia C 543 de 1996, se pueden extraer razones traídas a colación por la Corte Constitucional, para apoyar su posición, en cuanto a no tener competencia para conocer de demandas de inconstitucionalidad por omisión legislativa absoluta. A continuación se enuncian dichas tesis y seguidamente se plantea un comentario respecto de cada una de ellas:

a) En las acciones de inconstitucionalidad lo que se controla es el texto mismo de la norma y si se está ante una omisión, existe es un vacío de regulación, es decir, hay ausencia de texto. Esta es la razón principal, por la cual nuestro Tribunal Constitucional no asume competencia respecto de las omisiones legislativas absolutas, tal y como se anotó anteriormente, la Corte Constitucional, manifiesta que por sustracción de materia no puede ejercer control sobre la “nada”. Al no existir regulación alguna, no es posible establecer un parámetro de comparación entre los postulados constitucionales y la presunta omisión.

b) La Constitución no impone plazos para que el legislador pueda cumplir con su obligación de legislar. En consecuencia, mal podría sostenerse el incumplimiento de una obligación de hacer si no se señala el tiempo dentro del cual debe realizarse ésta; requisito que también es indispensable para determinar si la omisión es justificable o no. Al respecto, cabe recordar la caracterización que se hizo en cuanto a los requisitos estructurantes de la omisión legislativa, para que posteriormente tenga posibilidad de predicarse como inconstitucional. El plazo, es sin duda, un elemento determinante en materia de omisiones legislativas, como bien lo sostiene la Corte, es el elemento a valorar para concluir si la omisión legislativa es razonable o no; sin embargo, y sin perder de vista la libertad de configuración legislativa que reviste a dicho órgano, es oportuno traer a colación el valor normativo de la Constitución y el poder vinculante que recae en todos los poderes públicos. En esa medida, cuando se presente duda respecto del plazo razonable para expedir la regulación que materializará un precepto constitucional necesario para mantener la vigencia de la Carta, es procedente analizar desde la supremacía constitucional tanto la necesidad de expedición de dicha norma, como las razones que pesan sobre el legislador para no haberlo hecho, en un plazo que a simple vista parece “irrazonable”.

c) Si con ocasión de la omisión se violan derechos o libertades reconocidas por la Constitución, es ella misma la que contempla otras acciones para protegerlos. En nuestro ordenamiento jurídico, se cuenta con diversas acciones constitucionales, que buscan garantizar la efectividad de determinados derechos, es así como la acción de tutela es el mecanismo por excelencia para la protección de los derechos fundamentales (CP Art. 86); el habeas corpus para la protección de la libertad personal (CP Art. 30); la acción popular para la protección de los derechos colectivos (CP Art. 88); sin embargo, nuevamente entramos en la discusión acerca de ¿cuál es el mecanismo de protección ideal para los derechos sociales, consagrados en cláusulas prestaciones o programáticas? En principio se

²⁸ Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero.

pensaría que la acción de cumplimiento, consagrada en nuestra Constitución Política en los siguientes términos: “ARTÍCULO 87°—Toda persona podrá acudir ante la autoridad judicial para hacer efectivo el cumplimiento de una ley o un acto administrativo. En caso de prosperar la acción, la sentencia ordenará a la autoridad renuente el cumplimiento del deber omitido”. Sin embargo la doctrina de la Corte Constitucional, desde la sentencia C 157 de 1998²⁹, dejó claro que la acción de cumplimiento no procede frente a postulados constitucionales; puesto que al definir su objeto y finalidad manifestó que este consiste en otorgarle a toda persona, natural o jurídica, e incluso a los servidores públicos, la posibilidad de acudir ante la autoridad judicial para exigir la realización o el cumplimiento del deber que surge de la ley o del acto administrativo y que es omitido por la autoridad, o el particular cuando asume este carácter; dejando por fuera del término ley a la Constitución Política.

d) Si el órgano controlador de la Constitución ordena al legislativo expedir una ley, está atentando contra la autonomía e independencia de éste pues sólo a él compete determinar el momento y la oportunidad de legislar. Esta afirmación debe relacionarse no solo con la clásica separación de poderes, sino, además con la libertad de configuración legislativa. En cuanto al primer estadio, es decir, la separación de poderes y la posible invasión de funciones por parte del juez constitucional en la esfera de decisión del órgano legislativo, puede enunciarse que resulta más consecuente con los fines constitucionales, anteponer a esta posible “usurpación de competencias” la supremacía de la Carta, y atendiendo al principio de colaboración armónica entre los poderes estatales (CP Art. 113), el Tribunal Constitucional debe asumir competencia frente a las omisiones legislativas absolutas, no para desempeñar funciones legislativas, sino para exhortar al órgano competente a que cumpla con dicha función. Ligado a ello, la discusión gira además en torno a la presunta violación a la libertad de configuración legislativa; sin embargo, vale la pena recordar que el legislador también tiene límites impuestos por la Constitución para el ejercicio de sus funciones. No resulta coherente exigirle al poder judicial que limite sus funciones a los términos establecidos en la Carta Política y a la par, pretender otorgarle libertad tan amplia al legislador que no le sea reprochable su inacción, aun cuando la misma se encuentre en perfecta contradicción con los mandatos constitucionales. Una interpretación conforme a la Constitución, indiscutiblemente debe conducir a una optimización constitucional.

De acuerdo con el autor Denninger, se podría concluir que:

*“La comprobación de una lesión constitucional a través de la omisión se ha de tomar en consideración de forma seria en razón de la libertad dispositiva de los legisladores, del carácter político de la formación de la voluntad, y en muchos casos, también de resultados del carácter programático de los mandatos constitucionales”*³⁰

e) La inconstitucionalidad por omisión no está prevista en la Constitución y, por tanto, no existe acción encaminada a impugnar la inactividad del legislador. Esta última tesis, no es del todo sostenible, puesto que, si fuera cierto que no existe acción que permita fiscalizar la

²⁹ Magistrados Ponentes: Antonio Barrera Carbonel y Hernando Herrera Vergara.

³⁰ Citado por FERNANDEZ SEGADO "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht" En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No. 10, 2008. [En línea] Disponible en http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/91_132.pdf. Consultado el 12 de diciembre de 2010.

inacción del legislador, ¿porque entonces la Corte Constitucional conoce de omisiones legislativas relativas? ¿No se presenta en este tipo de omisiones una inacción del legislador, al no prever acorde con principios tales como la igualdad y el debido proceso, todos los enunciados normativos que desarrolla dentro de la legislación? Esta competencia que ha venido desarrollando nuestro Tribunal Constitucional frente a las omisiones legislativas relativas en procesos de acción pública de inconstitucionalidad es el punto de partida para desarrollar un tema importante dentro de este trabajo, como es la consagración constitucional de la omisión legislativa como una situación jurídica controlable por el correspondiente órgano constitucional; tal como ha ocurrido con las Constituciones de Brasil y Portugal.

Para referenciar el caso brasileño, nos remitimos a la Constitución de 1988, artículo 103, párrafo segundo, que consagra la acción de inconstitucionalidad por omisión en los siguientes términos:

“Declarada la inconstitucionalidad por omisión de una medida necesaria para tomar efectiva la norma constitucional, se dará conocimiento al Poder competente para la adopción de las medidas necesarias y, tratándose de un órgano administrativo, para que lo haga en treinta días”³¹

Parafraseando al profesor Víctor Bazán³², se diría que, aunque la legitimación por activa no se extiende a todos los ciudadanos, si amplió su espectro respecto de la consagración constitucional de 1967/1969; el objeto de la acción radica en la defensa de la Constitución y no exclusivamente la protección de un derecho subjetivo. Se trata entonces de una acción directa, en abstracto y *a posteriori*. Corresponde conocer de esta acción al Supremo Tribunal Federal, los efectos de la sentencia producto de la acción de inconstitucionalidad son meramente declarativos y erga omnes.

En cuanto a la figura establecida en la Constitución de Portugal, reformada en 1982, en su artículo 283, establece la facultad del Tribunal Constitucional para declarar inconstitucionalidad por omisión, comunicándola al órgano legislativo pertinente. Consiste en que el tribunal constitucional se limita a verificar o declarar la omisión legislativa, pero sin establecer una regulación sustitutiva o pronunciarse sobre la manera de llenar la inactividad del Congreso.

Recurriendo nuevamente al profesor Bazán³³, se debe mencionar que la legitimación por activa para interponer la acción se encuentra en cabeza del Presidente de la República, el proveedor de justicia y en algunos casos, en los presidentes de las asambleas regionales. La competencia para conocer de la acción de inconstitucionalidad la tiene el Tribunal Constitucional, y al igual que en el caso de Brasil, los efectos de las sentencias originadas en omisiones legislativas son de naturaleza declarativa, limitándose el Alto Tribunal a “dar conocimiento” al órgano legislativo.

En Colombia dicha norma habilitadora para ejercer control por parte de la Corte Constitucional respecto de omisiones legislativas no solo relativas, sino también absolutas,

³¹ BAZAN, Víctor. Op cit. Pág. 68.

³² Op cit. Pág. 69.

³³ Op Cit. Pág. 73.

no existe. Habría que acudir a un proceso de reforma constitucional, consagrado en el título XIII, artículos 374 al 379 del texto superior.

Conclusiones.

Como corolario del presente trabajo, en primer lugar es preciso recordar que las omisiones legislativas inconstitucionales solo son predicables de normas constitucionales de obligatorio cumplimiento. En ese orden de ideas, una vez detectada la omisión por parte del poder público, debe procederse a analizar si la misma cumple los parámetros para ser conocida por el órgano judicial que tiene a su cargo el ejercicio de control de constitucionalidad. En Colombia, recordemos, dicha función la ejerce la Corte Constitucional.

En nuestro ordenamiento jurídico, específicamente en la Constitución Política de 1991, se han consagrado diversos mecanismos y acciones que buscan garantizar la efectividad de los derechos; sin embargo, en tratándose de derechos sociales, y ante la imposibilidad de interponer acción de cumplimiento frente a postulados constitucionales, se vislumbra una posible situación inconstitucional cuando el órgano legislativo no desarrolla las normas prestacionales que consagran este tipo de derechos. Debería entonces, la Corte Constitucional en cumplimiento de su función de garante de la supremacía de la Constitución, asumir competencia para conocer de dicha situación, la pregunta a resolver es ¿mediante qué mecanismo se debe solicitar la exigibilidad de los postulados constitucionales que consagran derechos sociales?

En desarrollo del presente escrito, se enunció una salida para el interrogante planteado, a la cual se puede llegar a través de dos caminos, a saber: un primer atajo para lograr que nuestra Corte Constitucional asuma competencia respecto de omisiones legislativas absolutas, consiste en que dicho Tribunal, consciente de su función principal y en consonancia con la fuerza normativa de la Carta Política, cambie su razonamiento y decida asumir competencia frente a este tipo de omisiones. Ello implicaría de parte del Tribunal, argumentar razonadamente su cambio de criterio. So pena de incurrir en una causal de nulidad. Sin embargo, este camino puede llevar a pensar en la “*dictadura de los jueces*”, término comúnmente utilizado en el derecho constitucional para ilustrar la presunta intromisión del poder judicial en asuntos que no son de su competencia, especialmente en materia legislativa. Lo que conllevaría al rompimiento de la clásica separación de poderes, necesaria en todo Estado de Derecho.

La segunda vía que nos conduce a dar solución a la pregunta ¿mediante qué mecanismo se debe solicitar la exigibilidad de los postulados constitucionales que consagran derechos sociales?, corre por cuenta de la consagración constitucional de la omisión legislativa inconstitucional como objeto de la acción pública de inconstitucionalidad, y con ello posibilitar su control por parte de la Corte Constitucional. Esta opción, implicaría como se mencionó líneas arriba, reformar la Constitución, trámite regulado a partir del artículo 374 superior, que es del siguiente tenor: “ARTÍCULO 374º—La Constitución Política podrá ser reformada por el Congreso, por una Asamblea Constituyente o por el pueblo mediante referendo”. Este atajo, le permitiría a la Corte Constitucional atribuir mayor legitimidad a sus actuaciones en materia de omisiones legislativas absolutas, puesto que, estaría cumpliendo estrictamente sus funciones de acuerdo con los postulados constitucionales, específicamente de acuerdo con lo estipulado por el artículo 241 superior, que es justamente el que sería reformado, adicionándole como objeto de

acción pública de inconstitucionalidad, las omisiones de los poderes públicos que atenten contra la supremacía y vigencia de la Carta Política.

Como se puede observar, ambos caminos apuntan a que es la acción pública de inconstitucionalidad, el medio para que el Tribunal Constitucional conozca de omisiones legislativas, no solo relativas, como viene haciéndolo, sino también absolutas. Sea cual fuere el camino, no se considera que la Corte asuma competencias que no le corresponden, puesto que el sentido de sus decisiones sería meramente preventivo, se trataría de exhortaciones al legislador para que cumpla los mandatos constitucionales y en ningún momento estaría ejerciendo funciones legislativas.

Resulta entonces más conveniente la consagración constitucional del instrumento que le permita a la Corte Constitucional asumir competencia frente a las omisiones legislativas absolutas, pues así, el Alto Tribunal estaría amparado no solo por la supremacía constitucional y la fuerza normativa de la Constitución vía interpretación, sino por un deber constitucionalmente consagrado, que en este caso, está llamado a ser cumplido por dicho órgano.

Para finalizar, y en consonancia con el planteamiento inicial del trabajo, esto es, la fuerza normativa de la Constitución y su supremacía, añadido a la definición de omisión inconstitucional como toda inacción de parte de autoridad pública que atente contra la vigencia de la Carta Política; cabe preguntarse, si es admisible la fiscalización por parte del Tribunal Constitucional, además de las omisiones del legislador, aquellas en que pueda incurrir el ejecutivo, en función de los mandatos constitucionales. Ejemplo de ello, lo encontramos en el artículo transitorio 23, que reza:

“ARTÍCULO TRANSITORIO 23º—Revístese al Presidente de la República de precisas facultades extraordinarias para que dentro de los dos meses siguientes a la promulgación de la Constitución dicte mediante decreto, el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional. En todo tiempo el Congreso podrá derogar o modificar las normas así establecidas. Mientras se expide el decreto previsto en el inciso primero, el funcionamiento de la Corte Constitucional y el trámite y despacho de los asuntos a su cargo, se regirán por las normas pertinentes del Decreto 432 de 1969”.

En efecto, se considera, que en caso de darse tal situación, la misma debería también ser controlable por el órgano competente, pero, no se puede perder de vista que avanzar hacia dicho cometido, conlleva un largo camino. Se pretende que el presente artículo constituya un aporte importante, un primer paso para llegar a la meta, donde efectivamente la Constitución sea norma de normas y se conserve su supremacía en todos los escenarios, tanto jurídicos, como fácticos.

BIBLIOGRAFÍA.

BAZÁN VÍCTOR. Coordinador. Inconstitucionalidad por omisión. Editorial Temis. Bogotá. 1997. 170 páginas.

FERNANDEZ SEGADO FRANCISCO "El control de las omisiones legislativas por el Bundesverfassungsgericht" En: Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional No, 10, 2008. [En línea] Disponible en http://www.iidpc.org/revistas/10/pdf/91_132.pdf. Consultado el 12 de diciembre de 2010.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo. "La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Editorial Civitas S. A.

KELSEN HANS. "La garantía Jurisdiccional de la Constitución". En Escritos sobre la Democracia y el Socialismo. Selección y Presentación de Juan Ruiz Manero. Editorial Debate Madrid.

SENTENCIA MARBURY VS. MADISON. De la Corte Suprema de Estados Unidos de América. (24 de febrero de 1803). Traducción profesor IGNACIO FERNANDEZ SARASOLA.

SCHOLZ RUPERT. "Alemania: cincuenta años de la Corte Constitucional Federal" [En línea]. En: Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2002. Disponible en <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/2002/pr/pr5.pd>. Consultado el 12 de diciembre de 2010.

BIBLIOGRAFIA LEGAL

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA. 1991.

JURISPRUDENCIA

CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA:

Sentencia T 406 de 1992, Magistrado Ponente: Dr. Ciro Angarita Barón.

Sentencia C 473 de 1994. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C 225 de 1995. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero.

Sentencia C 543 de 1996, Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz.

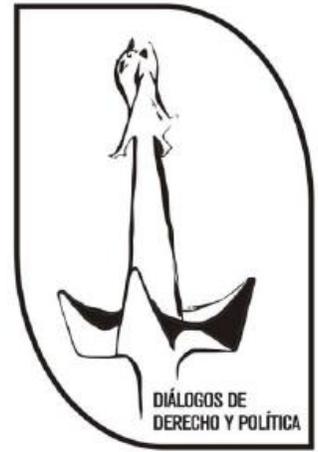
Sentencia C 157 de 1998, Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonel y Hernando Herrera Vargas.

Sentencia SU 819 de 1999, Magistrado Ponente: Dr. Álvaro Tafur Galvis.

Sentencia C 041 de 2002, Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

Sentencia T 760 de 2008, Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa.

Sentencia C 522 de 2009, Magistrado Ponente: Dr. Nilson Pinilla Pinilla.



La unidad de la jurisdicción en el estado colombiano. Una mirada a partir de la Constitución Política de 1991.¹

Dairo Andrés Rosero Rico

Abogado de la Universidad de Medellín y
Especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia.
E-mail: andresr_judicial@hotmail.com

¹ Artículo elaborado para optar al título de Especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

El presente texto que tiene como fin estudiar la característica de la unidad de la jurisdicción, debido a la confusión que de esta institución se ha hecho con la competencia. Para esto, se tienen diferentes puntos de vista, partiendo desde la dogmática jurídica procesal representada por algunos juristas, además del constituyente colombiano y también por algunas sentencias de la Corte Constitucional y por último del legislador colombiano. El presente trabajo se divide en tres partes; la primera parte consiste en definir la jurisdicción, su naturaleza, su finalidad, su objeto, su forma, sus cualidades y posteriormente las confusiones que se han dado acerca del término jurisdicción. Con esto, se busca entender su alcance como función del Estado. Luego, se sigue con la segunda parte que trata sobre la unidad de la jurisdicción y algunas tesis que desdibujan esa unidad; para terminar en la tercera parte, en la cual se verá la jurisdicción del Estado colombiano desde su Constitución Política de 1991 y en algunas sentencias de la Corte Constitucional, asimismo desde el legislador, que han establecido la existencia de múltiples jurisdicciones, trayendo consigo diversas confusiones, pues en realidad la jurisdicción es tratada como competencias.

Palabras clave: Jurisdicción, Constitución Política, manifestación plena, tesis diversificadora, competencia.

La unidad de la jurisdicción en el estado colombiano. Una mirada a partir de la Constitución Política de 1991.

Introducción.

Luego de dar lectura a la Constitución Política de Colombia de 1991, se encuentra cómo ésta establece la existencia de diferentes jurisdicciones, como son la ordinaria, la contenciosa administrativa, la constitucional y otras especiales (indígena, de paz y militar). No obstante, un amplio sector de la dogmática procesal trae consigo la idea de que la jurisdicción es única e indivisible, independientemente de su especialidad o materia que, en cambio, son criterios para determinar la competencia.

En este orden de ideas, el problema a desarrollar consiste en determinar si efectivamente la jurisdicción es una sola y, por ende, resulta indivisible; o si por el contrario, ésta es susceptible de ser dividida o clasificada. Asimismo, en caso que se encuentre que la jurisdicción es única, resulta también importante determinar cuáles son las consecuencias y problemas que se pueden derivar de dividir dicha institución. Para entender tales inconvenientes que se derivan se tendrá como ejemplo lo siguiente: en la legislación colombiana existen figuras jurídicas como la falta de jurisdicción como causal de excepción previa y como causal de nulidad, además de mencionar la jurisdicción residual en la jurisdicción ordinaria civil, figuras que no tendrían sentido cuando se está hablando de una sola función jurisdiccional que por su naturaleza es indivisible. Cabe aludir que para el trabajo a realizar se debe enmarcar, precisamente, en aquellos inconvenientes expresados anteriormente, puesto que es de allí donde encuentra su justificación. Dicho lo anterior, se parte del objetivo principal que sería el abordar la jurisdicción, vista desde una tesis unificadora, la cual permite entenderla como una función pública de administrar justicia que, por tanto, es única e indivisible.

También se tendrán en cuenta aquellos objetivos específicos que se tuvieron en cuenta para el desarrollo del artículo: deducir la interpretación y división equívoca de la Constitución Política Colombiana en cuanto a la institución procesal de la jurisdicción; definir el concepto unívoco de la jurisdicción, partiendo de una tesis unificadora de la jurisdicción; diferenciar la inadecuada técnica legislativa que equipara la jurisdicción con la competencia; comprender que la función jurisdiccional hace alusión a la plena manifestación de la jurisdicción y determinar los problemas jurídicos procesales que en Colombia se pueden derivar de entender la jurisdicción como una institución divisible.

Por otra parte, haciendo alusión al problema jurídico que se va a desarrollar y teniendo en cuenta los elementos anteriormente expuestos que permitirán satisfactoriamente ampliar el desarrollo del tema principal, es necesario partir señalando que en lo que se refiere a la jurisdicción existen posiciones contrapuestas en cuanto a la posibilidad que ésta pueda o no ser dividida o clasificada. En efecto, hay algunos procesalistas que hacen parte de la doctrina mayoritaria, para quienes la jurisdicción no puede ser dividida ni fraccionada, puesto que solo ven posible entender este concepto -el de jurisdicción- como una función, que como tal se hace única y totalmente indivisible. Sin embargo, existe un sector minoritario para el cual es viable dividir el concepto de jurisdicción en diversas formas, quizás haciendo prevalencia en cuanto a su fuero, especialidad, función, o simplemente a su materia. Esta última posición, valga aclarar, fue la que asumió el constituyente colombiano

al establecer la existencia de múltiples jurisdicciones; división que ha sido confirmada y desarrollada por la Corte Constitucional.

Los autores que siguen la tesis de la jurisdicción como única e indivisible, también mencionan un aspecto importante a resaltar, el cual es la manifestación de la jurisdicción que se da en diversas formas, pero estas formas en realidad van a terminar haciendo alusión es al concepto de competencia.

También, se hará referencia a algunas sentencias de constitucionalidad y de tutela que la Corte Constitucional ha resuelto conforme a la vigente Constitución Política de Colombia, pues en dichas sentencia se evidencia que la Corte ha estructurado la jurisdicción en diversas formas.

En efecto, la Corte Constitucional se ha manifestado varias veces sobre la jurisdicción, y aunque expresamente no ha dicho que la jurisdicción se divide, implícitamente da a entender que existen diversas jurisdicciones, pues lo deja claro en diferentes sentencias donde se refiere a las múltiples jurisdicciones con su independencia, como son: la jurisdicción constitucional, la jurisdicción de lo contencioso administrativo, la jurisdicción ordinaria, y las jurisdicciones especiales tanto la indígena, la de paz, como la penal militar.

Siguiendo con lo expuesto anteriormente se tiene, por último, que para la conformación y estructura del trabajo se tendrán en cuenta los textos jurídicos, en su mayoría tratados de derecho procesal, pues estos permiten una comprensión más idónea sobre la univocidad o no de la jurisdicción; además de estas obras se tendrán en cuenta varias sentencias de la Corte Constitucional que han desarrollado el tema de la jurisdicción en el Estado colombiano, incluyendo la Constitución Política de Colombia, además de tener en cuenta algunas leyes y decretos con fuerza de ley.

1. La jurisdicción.

La jurisdicción, *grosso modo*, es la potestad que tiene el Estado para resolver los conflictos jurídicos a través de los órganos revestidos de tal poder. En efecto, como lo señala el autor Jairo Parra Quijano (1992), la: “*jurisdicción es aplicar el diseño abstracto elaborado por el legislador al caso concreto*” (pág. 19). Se puede considerar acertado este punto de vista, pues el autor sintetiza que el legislador al crear la ley determina el supuesto en abstracto, para que la jurisdicción lo conozca y concrete en cada caso.

1.1 . Definición.

Con respecto a lo dicho anteriormente, se buscará definir la jurisdicción etimológicamente, pues es necesario entender lo que significa la palabra jurisdicción, para así tener claridad de su expresión y significado que la doctrina ha venido desarrollando con el tiempo. Es precisamente Juana Dioguardi (2004) quién estipula la siguiente definición etimológica: “*la expresión jurisdicción (iuris-dictio): decir el derecho, muestra o indica cuál es el derecho que debe aplicar el juez*” (pág. 125). Asimismo, el autor Luis Dorantes Tamayo (1993) también se refiere en este sentido, al indicar que la jurisdicción es: “*decir o declarar el derecho*” (pág. 131). Luego, jurídicamente se puede aproximar al concepto de jurisdicción desde un punto de vista funcional y general, de acuerdo a lo que afirma María del Socorro Rueda (2008), para quien es jurisdicción:

... La soberanía del Estado, aplicada por conducto del órgano especial a la función de administrar justicia, principalmente para la realización o garantía del derecho, y secundariamente para la composición de los litigios o para dar certeza jurídica a los derechos subjetivos... (pág.31).

Hay que destacar tal definición, pero sin dejar atrás que cada asunto es concreto y desarrollado bajo un procedimiento específico que llevará una decisión determinante y obligatoria. Siguiendo esta pauta que se ha dicho acerca de la jurisdicción, se buscará entender más este concepto de acuerdo al autor Eduardo J. Couture (2002) puesto que dice que la jurisdicción es la:

Función pública, realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada eventualmente factibles de ejecución (pág. 34).

Expresamente el autor da su idea concreta de que la función jurisdiccional es realizada por órganos competentes, y que bajo un enjuiciamiento se van a solucionar conflictos que luego se respaldarán por medio de un juzgamiento.

1.2 . Naturaleza de la jurisdicción.

Para establecer la naturaleza jurídica de la jurisdicción se debe afianzar en los conceptos mínimos que la jurisdicción posee, como son el medio y el obrar, partiendo de que el medio es el poder público derivado del Estado y el obrar la función pública estatal, que le asigna el Estado a determinados órganos competentes para desarrollar la administración de justicia. Se trae a colación a Adolfo A. Rivas (2005) quien desarrolla ampliamente dicho concepto haciendo alusión a que: *“no puede hablarse de una naturaleza, sino de varias atribuibles según el enfoque que hagamos al respecto; así anticipamos que la jurisdicción tiene naturaleza de función, de poder-deber y de garantía constitucional” (pág. 149).* De acuerdo con lo afirmado por el autor se está de acuerdo con su definición, pues es evidente que la jurisdicción como institución procesal pública de un Estado Social de Derecho y Constitucional debe estar acorde a la Constitución Política, por lo tanto es ahí donde se derivan sus principales garantías constitucionales. En este sentido, desde su naturaleza, la jurisdicción se ha entendido de las siguientes formas:

1.2.1. Jurisdicción como poder público. La jurisdicción se deriva del poder público, porque está en cabeza de determinados órganos estatales, pues la función jurisdiccional la determina el Estado en su forma y manifestación (más adelante se explicarán estos conceptos). El jurista español José María Asencio Mellado (2004) trae consigo la idea de que: *“... la jurisdicción es un auténtico poder del Estado y en este sentido, se debe garantizar su independencia como tal poder respecto del resto de poderes del Estado” (pág. 45).* El autor evidentemente se refiere a que la jurisdicción hace parte del poder estatal.

1.2.2. Jurisdicción como función pública. La jurisdicción, como función pública, ese traduce en la actuación y concreción del derecho objetivo, en la medida que mediante la actividad jurisdiccional se declara la realización forzosa de la norma objetiva. También es considerada la jurisdicción institucionalmente como función pública, porque es una

manifestación funcional del Estado, ya sea porque sus órganos y personas en algunos casos son quienes verdaderamente la ejercen. Según Hernán Fabio López Blanco (1974) dice que: *“esa función es pública por cuanto es el Estado el que mediante los órganos y personas especialmente considerados por la ley como aptos para ejercerla”* (pág. 47). Se habla de personas ya que en el contexto del ordenamiento jurídico la función jurisdiccional en Colombia la ejercen los órganos judiciales y los equivalentes jurisdiccionales, es por esto que al hablar de personas se refiere concretamente a los árbitros quienes son sujetos de carácter privado, que en algunos casos son facultados por la ley para desarrollar la función jurisdiccional.

1.3 . Objeto de la jurisdicción.

Con respecto al objeto de la jurisdicción, éste consiste en que se declare un derecho determinado a una de las partes que están en contienda dentro de un proceso jurisdiccional. Para acercarse a esta idea, se hace referencia al autor Gerardo Monroy Cabra (1974), quien manifiesta:

El objeto de la actividad jurisdiccional es la declaración de certeza de un derecho o su realización efectiva o coactiva cuando se hace necesaria la intervención del órgano jurisdiccional, por cuanto los particulares no han actuado en forma espontánea el derecho y por ende, no se ha solucionado el conflicto (pág. 85).

Con respecto a lo anterior se puede concluir, que el objeto de la jurisdicción es declarar la tutela efectiva de una de las partes que demostró su interés y su derecho dentro de un enjuiciamiento, así la jurisdicción hará valer por medio de su poder coercitivo la obligatoriedad de ese derecho. De lo anterior, se desprende que la jurisdicción tiene como objeto:

1.3.1 La heterocomposición de conflictos. La jurisdicción es ejercida, básicamente, por el órgano judicial y los equivalentes jurisdiccionales, es decir, son éstos los titulares investidos de jurisdicción en el ordenamiento jurídico colombiano y son quienes representan al Estado como el tercero en la solución de conflictos litigiosos. A su vez, éstos también se encargan de tomar las decisiones imparciales, obligatorias, legales y legítimas, pues es el juez o el equivalente jurisdiccional quien da crédito a su legalidad, en apoyo con el juez constitucional, quien legitima todas aquellas actuaciones a favor de los derechos y principios constitucionales. De esta manera, puede decirse que la jurisdicción se ejerce por un tercero imparcial, revestido de la función pública de administrar justicia. El autor Omar Abel Benabentos (2001) trata la heterocomposición desde un argumento relacionado con la fuerza legítima del Estado, afirmando lo siguiente: *“los atributos de una fuerza legítima que solo puede ostentar el Estado jurídicamente organizado. Es esa fuerza legítima la que autoriza la posibilidad de ejecutar lo resuelto. Cautelar derecho e imponer la autoridad sobre lo que reposa durante el proceso...”* (pág. 269). No se puede desconocer entonces que el Estado representa la autoridad cuando se está haciendo uso de la jurisdicción en sede de un proceso, puesto que de esa autoridad existirá un sujeto competente quién será el tercero en representación del Estado para que determine la decisión mediante el poder de la coercibilidad.

1.3.2 El enjuiciamiento. Acerca del acto de juzgar, la jurisdicción permite un enjuiciamiento vigente y objetivo de un derecho determinado. En este sentido, se destaca la tesis del autor Martín Agudelo Ramírez (2004), quien hace alusión a que la: *“jurisdicción es una función dirigida a lograr la paz social, por medio del acto de juzgar, el cual se manifiesta en un enjuiciamiento (en que se toma partido), en atención a criterios que se estiman justificados para realizar tal actividad”* (pág. 233). Así pues esta definición es relevante, ya que permite comprender que la actividad jurisdiccional es el camino por el cual se llega a la justicia, además se puede decir que es un fin propio, puesto que busca la paz social, ante todo vale la pena decir que la jurisdicción esencialmente se dilucida en un juicio.

1.3.3 La actividad de tutela. La jurisdicción permite que no se vulnere el derecho objetivo, pues de esta manera busca que el derecho subjetivo pueda consolidarse por medio de la misma jurisdicción y hacer valer el derecho sustancial, pues sería la mejor forma de concretar la justicia material, en otras palabras, las personas naturales o jurídicas que encuentran vulnerados sus derechos, y que estén bajo un conflicto intersubjetivo, puedan buscar una decisión justa, congruente, coherente y obligatoria en relación a los derechos entrelazados de esas partes en contienda. Siguiendo a Martín Agudelo Ramírez (2007), éste estipula lo siguiente:

La jurisdicción como función tutelar se ejerce de diversas formas como son las tutelas declarativas, las ejecutivas y por último las cautelares.... Se precisa que la tutela cautelar, dado su carácter instrumental, sólo asume la naturaleza jurisdiccional cuando se conecte a las tutelas de declaración o de ejecución (pág. 113).

El objetivo principal del autor es dar a entender que la actividad de la jurisdicción se resuelve en el ejercicio de tutelas concretas, es decir como declara y ejecuta el derecho sustancial.

1.4. Finalidad de la jurisdicción.

La jurisdicción, como función única y exclusiva del poder estatal, tiene como finalidad que los ciudadanos asociados al Estado tengan la confianza y garantía para solucionar los conflictos litigiosos de manera coherente, razonable y de forma justa, evitando así alcázar una justicia arbitraria, incoherente e irrazonable, que impida obtener o concretar el derecho objetivo. De esta manera quiere hacerlo ver el procesalista Enrique Vescovi (1984) en la siguiente enunciación: *“la jurisdicción cumple siempre el mismo fin, es decir, asegurar el derecho objetivo (mediato) y proteger los derechos subjetivos (inmediato)”* (pág. 103). La jurisdicción busca una misma finalidad independientemente de su materia, especialidad o competencia, pues esta siempre buscará la consecución de una justicia igualitaria y uniforme que permita la declaración del derecho sustancial mediante el derecho subjetivo y asimismo para que se mantenga el orden y la paz social.

1.5. Forma de la jurisdicción.

Sin lugar a dudas la jurisdicción también tiene su forma, en virtud de la cual ésta posee algunos elementos que le son propios y esenciales, como los actores del proceso entre los cuales están las partes, el tercero imparcial, el procedimiento que se aplicará al proceso,

además de otros elementos que expresamente los mencionará a continuación el doctor Martín Agudelo Ramírez (2007) quien dice:

La forma constituye el elemento externo de la jurisdicción. En este sentido, sus elementos formales son: a) la presencia de las partes: demandante, demandado y terceros; b) el juez como representante del Estado; c) la existencia de procedimientos establecidos en la ley. Además el elemento contenido: el cual se refiere a la existencia de un conflicto de relevancia jurídica que debe ser decidido por medio de una resolución de autoridad de cosa juzgada. Finalmente, el elemento funcional: consistente en la actividad de dirimir conflictos y decidir controversias, uno de los fines primarios del Estado (pág. 96).

Teniendo en cuenta los elementos establecidos por el autor, se puede decir que la ley siempre reglamentará, tanto las actuaciones de las partes como la del juez y de los procedimientos aplicados para cada asunto específico, pues de esta manera se le dará la forma a la jurisdicción para que administre justicia.

1.6. Características esenciales de la jurisdicción.

Dentro de una conceptualización de la jurisdicción, es necesario evidenciar o resaltar las diversas cualidades o particularidades que a ésta le son propias, para entender más fácil su connotación y esencia, es precisamente que se traen las siguientes características:

1.6.1. Unidad. Quienes explican claramente esta característica son los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto (2008) al establecer que: *“la jurisdicción es esencialmente única y por ende no admite divisiones ni clasificaciones y cuando ellas se introducen su resultado ya es la competencia” (pág.168)*. Es importante tener en cuenta que la función jurisdiccional es única independientemente de los múltiples órganos que la puedan ejercer. Debe señalarse que este tema se ampliará más adelante, al abordar en su capítulo propio lo que tiene que ver con la unidad de la jurisdicción.

1.6.2. Exclusividad. La exclusividad parte directamente de que la jurisdicción es una institución pública procesal, que ha de ser ejercida única y exclusivamente por el Estado, ya que es éste el que determina su alcance y fin. Para tal efecto se tiene en cuenta lo dicho por los siguientes autores: Diana Marcela Ramírez Carvajal, Mónica Bustamante Rúa, Liliana Damaris Pabón Giraldo, Juan Gabriel Rojas López, Lina María Velásquez Restrepo & Oscar Soto Soto, (2010) quienes han dicho que: *“la jurisdicción es exclusiva porque únicamente compete a órganos del Estado, por regla general a los jueces o equivalentes jurisdiccionales” (pág. 141)*. Evidentemente los autores se refieren con mucha autoridad a lo establecido por la Constitución Política de Colombia, pues los equivalentes jurisdiccionales también se les asignan la función jurisdiccional, pero puede haber discusiones, pues hay algunos equivalentes jurisdiccionales como los árbitros quienes no son órganos del Estado, y pueden perder dicha cualidad. No obstante, el Estado es quien permite o autoriza a diversos sujetos impartir la función jurisdiccional, a partir de los lineamientos establecidos en la Constitución Política.

1.6.3. General. Esta cualidad parte de que en todo el territorio nacional la jurisdicción va a estar presente como el mecanismo supremo del Estado para que cada ciudadano pueda acceder a la administración de justicia. Al respecto, Jaime Azula Camacho (2006) señala

que: “la jurisdicción es general en el sentido que cubre todo el territorio de un país y obedece a la necesidad de que toda la sociedad pueda utilizarla” (pág. 145). Es por esto que el Estado impone la función jurisdiccional en cada lugar del territorio estatal.

1.6.4. Permanente. La permanencia se basa en que la actividad del aparato jurisdiccional es persistente y continua por todo el tiempo, independientemente de que los ciudadanos acudan o no a la jurisdicción. Según Jaime Azula Camacho (2006) quien dice: “la jurisdicción es permanente, pues se ejerce sin interrupción alguna, o sea, que los distintos órganos que la componen cumplen sus funciones de manera ininterrumpida o continua” (pág. 146). Afirmado lo anterior, se puede decir que la permanencia es la garantía de que la administración de justicia dará la resolución, en todo momento, de cualquier conflicto colectivo o individual que pueda alterar el orden público, jurídico y sobre todo la paz social.

1.6.5. Independiente. Como toda función pública del Estado, lo mínimo que se puede esperar de los poderes públicos es el respeto a su independencia y autonomía en el desarrollo y realización de cada función. En lo que atañe a la función jurisdiccional, se coincide con la jurista Jenny Escobar Álzate (2010), para quien la independencia: “consiste en la no injerencia de los demás órganos del poder público, de cada órgano jurisdiccional con relación a los restantes y de los particulares, en la toma de decisiones” (pág. 116). La no interferencia de los asuntos jurisdiccionales permite unas decisiones más imparciales, seguras y coherentes pues de lo contrario sería una contaminación a esas decisiones, conllevando a una arbitrariedad que solo convergiría a una parcialidad, inseguridad jurídica y por lo tal a una injusticia.

1.7. Conceptos equívocos de la jurisdicción.

A lo largo de los tiempos la jurisdicción ha tenido diferentes significados, pues al ser un término muy general e indeterminado ha tenido ciertas ambigüedades que permiten ver y desarrollar la jurisdicción desde otros puntos de vista, que en últimas, serán conceptos erróneos a lo que verdaderamente trata la jurisdicción, al menos en el campo del derecho procesal. Así, aunque comúnmente la jurisdicción sea definida de las siguientes formas, ésta, desde una perspectiva procesal, no se puede entender como:

1.7.1 Ámbito territorial. Se ha tenido que la jurisdicción funciona como límites de un territorio o como fronteras de una región, pues es falso admitir el término territorio ya que su estructura, filosofía y fin desliga toda concepción de lugar enmarcado. El jurista Alvarado Velloso (2004) deja ver su concepción al respecto de la siguiente manera:

En cualquier obra jurídica se puede ver que se emplea la voz jurisdicción para referir a varios fenómenos que poco y nada tienen que ver entre sí: indica el ámbito territorial en el cual el Estado ejerce su soberanía; señala el territorio en el cual cumple sus funciones un juez... (pág. 129).

Dicho lo anterior el término jurisdicción no puede tenerse como un ámbito territorial del funcionario –administrativo, judicial o de cualquier otra índole- que presta sus funciones, ya que se estaría aludiendo a la competencia.

1.7.2 Competencia. Quizás es una de las controversias que más se suscita a diario por los estudiosos del derecho y es la mala interpretación que se sigue de la jurisdicción, pues suele

confundirse mucho el concepto de jurisdicción con el de la competencia, cuando en realidad son conceptos muy disímiles, ya que la competencia mantiene una estructura y sistémica diferente a lo que se puede determinar como jurisdicción. Claramente lo da a entender María Cecilia Mesa Calle (2004) afirmando que: “... *la competencia es una parte de la jurisdicción que es el todo, por esta razón, esta acepción tampoco tiene validez desde la óptica de la teoría general del proceso*” (pág. 92). Se puede entonces concluir que todo juez está investido de jurisdicción, pero su competencia se limita a conocer los asuntos que por la constitución o por ley le están atribuidos.

Respecto a este punto, se hace énfasis, pues en realidad la clasificación de la jurisdicción se desenvuelve ciertamente en una confusión entre la jurisdicción con la competencia en razón de la materia o de su especialidad. Vale la pena reiterar que la jurisdicción y la competencia guardan significados diferentes, no son equiparables en tal sentido, aunque cada una de estas figuras procesales depende una de la otra. En tal sentido, el autor Luis Alonso Rico (2008) señala que: “*la competencia siempre lleva implícita la jurisdicción, pero quien ejerce esta última no está capacitado para conocer indistintamente de todos los negocios que requieren una decisión*” (pág. 430). Se dice entonces que la jurisdicción comprende la resolución de toda clase de asuntos, mientras que la competencia está sujeta a lo referido por la ley. En últimas el autor Eduardo J. Couture (2002), de manera concreta, trata de explicar la relación que hay entre la competencia y la jurisdicción, así:

La relación entre la jurisdicción y la competencia, es la relación que existe entre el todo y la parte. La jurisdicción es el todo; la competencia es la parte: un fragmento de la jurisdicción. La competencia es la potestad de la jurisdicción para una parte del sector jurídico: aquel específicamente asignado al conocimiento de determinado órgano jurisdiccional (pág. 25).

Ciertamente el autor manifiesta que tanto la jurisdicción como la competencia son dos instituciones procesales que se relacionan entre sí, pero deja claro que ambas son diferentes y que la jurisdicción es el todo y la competencia es la parte de ese todo.

2. La unidad de la jurisdicción.

Originalmente la jurisdicción es entendida desde varios contextos por la doctrina, la jurisprudencia y en, particular, por el ordenamiento jurídico colombiano, partiendo desde la Constitución Política que es principalmente la fuente de validez de dicho ordenamiento. Con todo, lo importante es revisar su esencia, pues no cabe duda que la jurisdicción sea un concepto jurídico que se ha prestado para la existencia de ambigüedades, que solo demuestran dejar vacíos y desacuerdos entre los juristas, jueces, legisladores y en especial al constituyente en el Estado colombiano. Es por esto que se pretende buscar un análisis detallado en tratar al menos con detenimiento, el por qué es viable referirse a la jurisdicción como única e indivisible. Para tal circunstancia se trae a colación diferentes puntos de vista que estarían más acuerdo con lo que verdaderamente es la jurisdicción. Por eso, se le da paso al jurista Piero Calamandrei (2005) quien dice: “*el carácter jurisdiccional está determinado por la finalidad que el Estado persigue a través del cumplimiento de las mismas, que es la de garantizar la observancia práctica del derecho objetivo*” (pág. 52). En efecto la jurisdicción se manifiesta bajo una unidad plena, ya que el fin es el que determina su existencia independientemente del asunto que se vaya a tramitar mediante el proceso jurisdiccional, pues lo que busca al final de cuentas es la materialización del

derecho sustancial contemplado en las normas jurídicas. Por último se invoca la percepción dada por el doctrinante Luis Alonso Rico Puerta (2008) quien explica la jurisdicción desde una corriente unificadora, de la siguiente manera:

... La tesis de la identidad funcional, como es apenas obvio, señala que las circunstancias adjetivas o temporales que deban o puedan utilizarse en un proceso, no logran desdibujar el hecho de que la totalidad de los jueces cumplan exactamente la misma función (pág.419).

Con relación a lo anterior se está de acuerdo puesto que a pesar de que existen diversos procedimientos regulados en distintas formas, no se modifica la figura esencial de la jurisdicción, si no que aún conserva su naturaleza, puesto que sigue siendo la misma función independientemente del órgano que la materialice y bajo el asunto que se trate.

2.1. Conceptualizaciones sobre la unidad de la jurisdicción.

Este tema guarda similitudes con algo de lo expuesto anteriormente, puesto que tiene su validez teórica por parte de algunos estudiosos del derecho que han pretendido demostrar y asumir, con autoridad, la idea de que en la teoría general del proceso debe contener en su máxima expresión la unificación de la jurisdicción, lo que quiere significar que dicha corriente unificadora es la más amplia que se tiene en la doctrina de la dogmática procesal. Siguiendo con lo afirmado, se invoca al doctor Jorge Claría Olmedo (1982) quien determina en torno a la jurisdicción que: *“no es posible fraccionarla, ni en consideración al territorio o la materia actuable, ni en consideración al procedimiento que la ley regule. De ninguna manera se justifica la tendencia separatista que viene postulándose...”* (pág. 210). Es claro que el autor trata de dar a entender que no puede haber motivo para que se fraccione la jurisdicción por el hecho de una variedad que se da en distinciones de potestades y funciones del Estado, puesto que en realidad se está evidenciando es la competencia, que se deriva de un mismo poder, es decir de la función jurisdiccional.

2.2. Tesis diversificadora sobre la jurisdicción.

En contraposición a lo antes señalado y como se anticipó en la introducción, existen algunos doctrinantes que deciden ver la jurisdicción en diversas formas, pues ellos piensan que la jurisdicción se muestra en diferentes maneras, también dicen que la jurisdicción es divisible porque existen otros asuntos que la hacen ser fraccionada para tales casos, a esta corriente se le puede llamar la tesis diversificadora de la jurisdicción, pues inicia de algunos juristas y estudiosos del derecho que asumen la existencia de varias jurisdicciones.

Para poder dar entendimiento y claridad se debe partir de dos situaciones diferentes. Hay algunos tratadistas, como Cipriano Gómez Lara y Hugo Alsina, que dicen que la jurisdicción se clasifica en diferentes maneras como jurisdicción secular, eclesiástica, además señalan que hay una jurisdicción temporal. En la segunda situación se tiene a otros doctrinantes como Benigno Humberto Cabrera, José Ovalle Favela, Hernando Devis Echandía y Ugo Rocco, que aceptan la jurisdicción como única, pero que para poder desarrollar tal función necesita estar dividida. Respecto a estos últimos, se estima que estos se contradicen y terminan siendo partidarios de una jurisdicción diversificada atendiendo a criterios como las ramas del derecho, el ámbito en el cual se va a desarrollar el proceso, la naturaleza del acto sobre el que se ejerza, además de la calidad o la cantidad de las relaciones jurídicas a resolver.

Para empezar con la primera situación, se hace mención a Cipriano Gómez Lara (1990) quien manifiesta: “*al hablar de divisiones de la jurisdicción, estamos queriendo entender los diversos tipos de jurisdicción que existen. Fundados en muy variados criterios de clasificación. Divisiones de la jurisdicción, secular y eclesiástica, común, especial y extraordinaria*” (pág. 124). Este autor trae consigo una gama de asuntos que decide tratar como jurisdicciones diferenciadas, pero para tales contenidos sobra advertir que dicho autor se refiere a distintas competencias. Por último haciendo referencia a la misma situación diversificadora. El autor Hugo Alsina (2001) trae consigo otra clasificación de la jurisdicción:

Definida como la facultad de aplicar la ley en los casos concretos la jurisdicción admite una primera división, por razón de su origen, en eclesiástica que emana de la potestad divina y la jurisdicción temporal es la que emana del poder del Estado que comprende tres ramas: la judicial, la administrativa, la militar (pág. 303).

Ciertamente el autor sigue la idea de pensar en varias jurisdicciones, entre ellas una jurisdicción emanada de una potestad divina, algo ilógico pues son asuntos que solo guardan competencia alguna.

Entre tanto y haciendo mención a la segunda situación que divide la jurisdicción, vale la pena decir que los autores expresamente parten de la unidad de la jurisdicción y luego contrariamente y de forma incoherente deciden establecer una división de la jurisdicción, caso concreto el doctrinante Benigno Humberto Cabrera Acosta (1994) quién determina que: “*... se hace una división del derecho procesal en atención a las distintas ramas del derecho sustancial, puede también hacerse una clasificación de la jurisdicción con el mismo fundamento, y por eso comúnmente se habla de jurisdicción civil, penal, laboral..*” (pág. 90). Es claro que el autor determina de manera errónea que la jurisdicción se divide de acuerdo a las ramas del derecho, pues cada una de esas divisiones se refiere a competencias según la especialidad. Otra de las circunstancias que se argumentan para fraccionar la jurisdicción es en el ámbito en que se debe desarrollar y es por esto que José Ovalle Favela (1995) manifiesta:

La doctrina suele formular algunas divisiones o clasificaciones que, más que referirse a la función jurisdiccional en sí misma, conciernen a los órganos que la ejercen, a la materia sobre la que recae o al ámbito en el que se debe desarrollar... vamos a aludir brevemente a algunas de esas divisiones: jurisdicción contenciosa y voluntaria... jurisdicción federal, local, concurrente y auxiliar” (pág. 118, 119).

Según esto se puede interpretar de dos maneras diferentes; la primera, el autor quiere dar a entender que la función jurisdiccional puede ser realizada por varios ámbitos que permita la función jurisdiccional y pues dicha afirmación se puede estar de acuerdo, y la segunda manera que se puede interpretar es cuando el autor menciona y admite divisiones por parte de un sector de la doctrina, que luego expresamente se refiere mencionando aquellos ámbitos que pueden ejercer las distintas jurisdicciones como la contenciosa, voluntaria, federal, local, concurrente y auxiliar. Otra de las clasificaciones que no son ajenas a aquella parte minoritaria de la doctrina que trata de dividir la jurisdicción, es la naturaleza del acto sobre el que se ejerza, esta argumentación se da, porque a lo largo de los tiempos se ha

dicho que el derecho tiene diferentes ramas, ya que su especialidad permite distinguir una de la otra, tesis que se utiliza para fraccionar la jurisdicción y para esto hay que destacar la explicación del autor Hernando Devis Echandía (1985) al decir:

Es usual hacer dos clasificaciones 1ª) según la naturaleza del acto o asunto sobre que se ejerce... se tiene que en relación con la naturaleza del acto o asunto sobre el cual versa, la jurisdicción se clasifica de conformidad con las diferentes ramas del derecho material o sustancial (del trabajo, contencioso – administrativo, fiscal, comercial, penal ordinaria y militar, civil, aduanera, constitucional, disciplinaria). En este sentido puede decirse que existen tantas jurisdicciones cuantas ramas del órgano jurisdiccional del Estado haya, en forma independiente, aun cuando exista entre ellas colaboración más o menos acentuada (pág. 84).

El presente argumento carece de validez puesto que son asuntos distintos, que no ameritan una división a la función jurisdiccional, puesto se sabe que, como se mostró antes, la función jurisdiccional es una sola, aunque tales ramas del derecho sean diferentes en su contenido, siempre será la misma función la que actué independientemente de su órgano. También cierta parte de la doctrina piensa que dicha división puede estar enmarcada en cuanto a la calidad o la cantidad de las relaciones jurídicas, de esta manera lo hace constar el jurista clásico Ugo Rocco (1976) al concluir sobre la jurisdicción:

Considerada más en particular es susceptible, en cambio, de distinciones y especificaciones... Estas distinciones pueden hacerse desde distintos puntos de vista, pero los más importantes son los que parten de la consideración de las relaciones que constituyen la materia sobre la cual despliega su función de actuación del derecho la actividad jurisdiccional. Las relaciones jurídicas de derecho material, la jurisdicción está obligada a realizar, pueden considerarse en su calidad, o bien en su cantidad (pág. 88).

Indiscutiblemente el jurista muestra una postura evidentemente diversificadora de la jurisdicción, pues manifiesta contundentemente que ésta puede ser particularmente dividida según la cantidad o calidad de las relaciones jurídicas, pero no se puede tomar como ciertas estas averiguaciones del autor, ya que como se ha visto la jurisdicción sigue manteniendo su forma independientemente de las relaciones jurídicas que se produzcan con el tiempo, pues la jurisdicción siempre estará allí permanentemente activa para cuando una de las partes tanto pública o privada decida recurrir a ella, y más aún cuando, esta función no reconoce ser desigual ante las relaciones civiles, penales, laborales, de familia, o de lo contencioso-administrativo.

3. La división de la jurisdicción en la Constitución Política de 1991 y en la legislación.

En el ordenamiento jurídico colombiano la jurisdicción es analizada en diferentes maneras. En primer lugar, siguiendo las directrices de la Constitución Política de 1991, la jurisdicción es clasificada en múltiples jurisdicciones. En segundo, lugar la legislación desarrolla las diferentes modalidades de jurisdicciones que por mandato constitucional está obligada a seguir, dejando así las jurisdicciones establecidas por ésta, además de dejar en entredicho tal concepto, pues luego permite observar que lo sigue confundiendo con las especialidades de la llamada jurisdicción ordinaria, como se verá en los siguientes puntos.

3.1. La jurisdicción en la Constitución Política de Colombia de 1991 y en algunas sentencias de la Corte Constitucional.

La jurisdicción es consagrada por la Constitución Política en el artículo 228 que establece lo siguiente: *“la administración de justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial...”*. De acuerdo a lo anterior la Constitución Política de Colombia de 1991 manifiesta, en principio que es una función pública, pero luego determina que son varias jurisdicciones desconociendo a su vez que la función es única, ya que estas son autónomas e independientes, también es importante destacar que la Constitución Política de 1991 decide establecer jurisdicciones especiales, las cuales son diferenciadas ya sea por una condición cultural, por un fuero o por algunos asuntos, entre ellas la jurisdicción indígena, la jurisdicción penal militar y la jurisdicción de los jueces de paz.

Siguiendo con el análisis, se puede observar que concretamente la Constitución Política en el artículo 234 reconoce la existencia de una jurisdicción ordinaria, al señalar: *“composición de la Corte Suprema de Justicia. La Corte Suprema de Justicia es el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria...”*. Con esta expresión, se da a conocer que la jurisdicción ordinaria es una jurisdicción autonomía e independencia de las demás. También se analiza el capítulo III del título VIII en su artículo 236 de la Constitución Política, pues trae consigo otra clasificación de jurisdicción, la cual denomina: *“DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSA ADMINISTRATIVA, composición y organización del Consejo de Estado...”*. Aquí presupone el Consejo de Estado también como el máximo tribunal de la que se denomina jurisdicción contenciosa administrativa, con su respectiva autonomía e independencia. Siguiendo con la diferenciación que trae la Constitución Política sobre la jurisdicción, en el capítulo IV del mismo título en su artículo 239 fija la siguiente jurisdicción: *“DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. Composición de la Corte Constitucional”*. Determina una nueva jurisdicción llamándola constitucional, término muy discutido, pues desde el punto de vista de la dogmática procesal, toda jurisdicción es constitucional y la Constitución Política colombiana la diferencia y le da su respectiva autonomía e independencia principios esenciales de la jurisdicción como concepción única. Otro de los prototipos de jurisdicciones que permite dar a conocer la Constitución Política, son las llamadas jurisdicciones especiales, por lo cual trae como referencia en el capítulo V del título anteriormente mencionado, así pues en su artículo 246 de la Constitución Política, establece: *“DE LAS JURISDICCIONES ESPECIALES. Jurisdicción de las autoridades indígenas”*. Aquí el Estado les entrega la función jurisdiccional a ciertas comunidades, que por su especial condición cultural derivada de sus tradiciones, buscan administrar justicia de manera autónoma e independiente. También la Constitución Política le entrega función jurisdiccional autónoma e independiente a los jueces de paz en su artículo 247 que dice así: *“jueces de paz, la ley podrá crear jueces de paz encargados de resolver en equidad conflictos individuales y comunitarios...”*. Con relación a lo anterior se puede afirmar que La Constitución Política, otorga funciones jurisdiccionales a particulares. Esta es una nueva modalidad de jurisdicción, diferenciada también por su autonomía e independencia sobre las demás. Asimismo en el artículo 221 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 02 de 1995, dice

lo siguiente: “*el fuero militar, de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las cortes marciales o tribunales militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la fuerza pública en servicio activo o en retiro*”. Según esta norma el fuero militar administra su propia justicia de acuerdo a sus propios tribunales y se distingue como una jurisdicción especial determinada por un fuero subjetivo y funcional.

En aplicación e interpretación de las anteriores normas constitucionales, la Corte Constitucional ha proferido diversas sentencias de constitucionalidad y de tutela en las que se evidencia que la Corte ha entendido la posibilidad de dividir la jurisdicción en diversas formas. En efecto, el Tribunal de lo Constitucional se ha manifestado varias veces sobre la jurisdicción, y aunque expresamente no ha dicho que la jurisdicción se divide, implícitamente da a entender que existen varias jurisdicciones, pues lo deja claro en distintas sentencias donde se refiere a las múltiples jurisdicciones con su independencia, como son: la jurisdicción constitucional, la jurisdicción contenciosa administrativa, jurisdicción ordinaria, y jurisdicciones especiales tanto la indígena como la penal militar, entre otras. A manera de ejemplo, en sentencia T-002 de 2012 la Corte estableció:

Si bien desde el derecho mayoritario el principio de legalidad impone el juzgamiento de una persona a partir de normas previamente establecidas, por autoridades competentes de acuerdo con la regulación existente y con apego a los procedimientos previstos por el legislador, indagar por el mismo principio en el marco de la jurisdicción especial indígena es un asunto problemático puesto que ésta difícilmente ofrecerá un trasplante exacto del principio de igualdad tal y como se concibe en la comunidad mayoritaria. Sin embargo, a pesar de las obvias dificultades para hallar dentro de la jurisdicción especial indígena una réplica exacta del principio de legalidad del derecho mayoritario, ello no constituye un obstáculo infranqueable para el ejercicio de la jurisdicción indígena.

Asimismo, la Corte expresamente deja claro que existe otra jurisdicción, como la penal militar, que es independiente. Sobre este punto, la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad C-373 de 2011 dijo:

La Corte Constitucional ha indicado que en la carta política y en la existencia de un Código Penal Militar, halla “sustento legítimo” el fuero penal militar, correspondiendo en Colombia la justicia respectiva a un modelo tildado de “intermedio”, que se fundamenta en el reconocimiento de una investidura especial y una jurisdicción independiente, que se explica a partir de “las claras diferencias que existen entre los deberes y responsabilidades que tienen los ciudadanos y los que están llamados a asumir los miembros de la fuerza pública, pues a estos últimos la Constitución les asigna una función especial, exclusiva y excluyente: el monopolio del ejercicio coactivo del Estado, que implica el uso y disposición de la fuerza legítima y el sometimiento a unas reglas especiales propias de la actividad militar.

Luego de observar lo dicho en la anterior sentencia se hace un rastreo y se encuentra que la Corte Constitucional define también la jurisdicción contenciosa y la jurisdicción ordinaria, donde menciona que si bien es cierto tienen los mismos fines en cuanto al Estado, deja claro que son dos jurisdicciones independientes de la una con la otra. Así, en la sentencia C-917 de 2001 se señaló:

Son distintas las órbitas en que se mueven la justicia ordinaria y la contenciosa administrativa, aunque en ambas jurisdicciones, el bien protegido está relacionado con el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Estos fines, según el artículo 2 de la Constitución, son : "Son fines esenciales del Estado : servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y al vigencia de un orden justo.

Siguiendo con la Corte Constitucional, en la sentencia T-413 de 1992 se menciona la jurisdicción constitucional y explica su actuación en el ordenamiento jurídico colombiano, además de diferenciarse frente a las demás jurisdicciones. En ella se dijo que:

La jurisdicción constitucional es, pues, paralela y bien puede ser ejercida por los mismos jueces que actúan en el ámbito de otras jurisdicciones sin que respecto de ellas se prediquen las mismas jerarquías y niveles de dichas jurisdicciones. Es precisamente esto lo que permite, por ejemplo, que una Sala de la Corte Suprema pueda conocer de las tutelas contra sentencias de otra Sala de la misma corporación. Por tratarse de la acción de tutela el Tribunal es órgano de la jurisdicción constitucional difusa y en ella operan normas de jerarquía y de asignación funcional de competencias distintas a las de las jurisdicciones ordinarias.

Como conclusión de lo anterior, se puede aseverar que la Corte Constitucional, en salvaguarda e interpretación de la Constitución Política de Colombia, mantiene la postura y tesis de que la función jurisdiccional se manifiesta por medio de diversas jurisdicciones, independientes y autónomas.

3.2. La jurisdicción vista desde la legislación.

El legislador también presenta ciertas ambigüedades en lo que atañe a la unidad o diversidad de la jurisdicción. Por ejemplo, la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, establece en su artículo 1 lo siguiente:

La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargado por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos y obligaciones, garantías y libertades consagradas en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr mantener la concordia social.

Expresamente este artículo permite entender que la jurisdicción es una función pública encaminada a proteger ciertos derechos, además de ser garante para la consecución de una paz social. Posteriormente, el artículo 15 de la misma Ley 270 de 1996 expone lo siguiente:

“DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Artículo 15 INTEGRACIÓN. La Corte Suprema de Justicia es el máximo Tribunal de la Jurisdicción Ordinaria...”. Es evidente que el legislador en el artículo sigue los lineamientos de la Constitución Política en cuanto a que la jurisdicción ordinaria es una jurisdicción distinta de las demás. Asimismo, el artículo 43 de la citada Ley 270 de 1996 desarrolla la jurisdicción constitucional que conserva una estructura totalmente diferente a las demás, señalando: *“ESTRUCTURA DE LA JURISDICCIÓN CONSTITUCIONAL. La Corte Constitucional ejerce la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución en los estrictos y precisos términos de los artículos 241 al 244 de la Constitución Política...”*. Coincide en que el legislador desarrolla esta jurisdicción por mandato constitucional ya que se encuentra establecida en la carta magna.

La referida Ley 270 de 1996 fue modificada por la Ley 1285 de 2009, en cuyo artículo 4 se determina concretamente y contundentemente la existencia de diferentes jurisdicciones y presupone de antemano que la rama judicial está constituida por tales jurisdicciones. En efecto, dispone dicho artículo: *“I. Los órganos que integran las distintas jurisdicciones: a) De la Jurisdicción Ordinaria... b) De la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo... c) De la Jurisdicción Constitucional... d) De la Jurisdicción de Paz...”*. Aquí el legislador menciona las distintas jurisdicciones que hacen parte de la rama judicial, sin dejar de lado, algunas jurisdicciones especiales que se les entrega a particulares o a poblaciones indígenas que por su condición especial, el Estado les garantiza su propia función jurisdiccional. Se evidencia con lo antes dicho que la función jurisdiccional ha sido desarrollada por la legislación con parámetros totalmente diferentes a lo dicho por la dogmática procesal mayoritaria, quien determina que la jurisdicción esencialmente conserva su unidad, mientras que el legislador la divide indiscriminadamente, como lo ha establecido en distintas leyes. Ejemplo adicional de esto es el artículo 9 de la Ley 1285 de 2009, en virtud del cual: *“El Consejo de Estado es el máximo Tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo...”*. Como se puede observar en el presente artículo y en los anteriores, se conciben diversas jurisdicciones, cada una de las cuales posee un tribunal máximo.

Siguiendo con los articulados establecidos en la legislación, se recurre a la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y Contencioso Administrativo) que en la parte segunda, en el título I determina los: *“PRINCIPIOS Y OBJETO DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO”*, de lo cual se da a entender que la denominada jurisdicción de lo contencioso administrativo tiene sus propios principios y objeto. Sin embargo, en su artículo 103 manifiesta: *“los procesos que se adelanten ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo tienen por objeto la efectividad de los derechos reconocidos por la constitución política y la ley y la preservación del orden jurídico”*, misma finalidad que se persigue por la jurisdicción, independientemente de las clasificaciones que erróneamente se le asignen, las cuales como se ha advertido dan cuenta es de la institución de la competencia.

3.3. ¿Cómo resolver la contradicción entre la teoría general del proceso y la Constitución de 1991, frente a la jurisdicción?

Sucintamente se podrá responder al interrogante que le sirve de título a ese apartado señalando que cuando en la constitución o la ley se están mencionando distintas jurisdicciones, en realidad se ha de entender que se está refiriendo a la competencia como

sinónimo. Así, cuando la Constitución Política se refiere a las cuatro jurisdicciones - ordinaria, contenciosa administrativa, constitucional y especiales-, se entenderá que simplemente son competencias de áreas en las que el conflicto ha de dirimirse y que deba juzgarse por la función jurisdiccional que es la del Estado, así se ejerza en diferentes ámbitos o áreas del saber jurídico, puesto como se vio al principio la función jurisdiccional es emanada por el Estado uniformemente.

En efecto, siguiendo a los autores Beatriz Quintero y Eugenio Prieto (2008) quienes dicen que: “*la iteración que enfatice acerca de la unidad de la jurisdicción y de la imposibilidad de que sea clasificada porque si así se limitara implicaría de inmediato una competencia*” (pág. 173). En otras palabras es imposible clasificar la jurisdicción, por lo cual cuando se trata de clasificarla, se está refiriendo a la competencia. Por último se puede esclarecer esa confusión que se tienen de la jurisdicción, en el sentido de, si es de carácter único o de carácter múltiple como lo afirman la teoría general del proceso y la Constitución Política 1991 respectivamente, para ello el doctrinante Martín Agudelo Ramírez (2007) explica que:

La competencia es aptitud para el conocimiento y resolución de determinado asuntos en una instancia jurisdiccional. Es concreta y clasificable a diferencia de la jurisdicción, en cuanto se constituye en medida de la misma. La jurisdicción como potestad de administrar justicia es única, pero los órganos por los cuales se ejerce son varios. Es preciso, pues, saber cómo se reparte aquella potestad entre quienes pueden ser sus diversos titulares. Ello constituye la aplicación de un nuevo concepto: el de competencia, que determina, por tanto las atribuciones de cada órgano jurisdiccional (pág. 131).

Se piensa que ésta sería la interpretación más adecuada que se debería hacerse con respecto a la mal interpretación que hizo la Constitución Política de 1991, pues dividió la jurisdicción cuando en realidad lo que se divide es la competencia, pues esta se le atribuyo a los distintos órganos jurisdiccionales. En relación a esto, se puede decir que la Constitución Política debe interpretarse, siguiendo la teoría general del proceso, pues a la hora de la verdad no existen múltiples jurisdicciones. Dicho lo anterior se busca entender realmente lo que sucede en el ordenamiento jurídico colombiano, puesto que el autor Miguel Enrique Rojas Gómez (2003) explica que en realidad no es la jurisdicción la que se clasifica sino los intereses jurídicos que se tutelan, es importante comprender esto, porque se ha presentado la confusión de si en realidad hay una sola jurisdicción o existen varias, a la luz de la dogmática procesal, esa controversia queda resuelta, pues cuando se interpreta una diversidad de jurisdicciones se está haciendo alusión a las distintas competencias, esta controversia no está muy distante del ordenamiento jurídico colombiano por lo tanto el autor dice lo siguiente:

La complejidad que en la sociedad contemporánea exhiben las relaciones sociales y, por consiguiente, las jurídicas, trae consigo la necesidad de dividir el trabajo entre diversos individuos, en procura de una eficiencia acorde con las exigencias de la época. Por la misma razón, el ordenamiento jurídico colombiano, como los del resto del mundo, con miras a garantizar la adecuada realización de la función jurisdiccional, optó por distribuirla –cada vez con mayor detalle- entre diversos agentes del Estado. Para hacerlo, atendiendo a las diferentes áreas del derecho sustancial que han venido surgiendo por

virtud de la especialización en consideración a la clase de intereses jurídicos que tutelan... (pág. 47).

Se puede interpretar al autor, en cuanto a que sigue la corriente unificadora de la jurisdicción, pues menciona que la función jurisdiccional se le entrega a varios órganos. Pero que por su naturaleza se mantiene igual, sigue siendo única, reconoce al principio de unidad de la jurisdicción, además es partidario de una división, pero en cuanto a la naturaleza del asunto es decir el interés jurídico que se tutela.

3.4. Problemas jurídicos que se dan en la fragmentación de la jurisdicción en el ordenamiento jurídico colombiano.

Como se ha estudiado, el tema de la jurisdicción a pesar de tener varias posturas diferentes tanto desde la doctrina como desde la Constitución Política de Colombia de 1991 y de la legislación colombiana, aun es un tema que genera controversia, puesto que a través del estudio del derecho procesal, se ha determinado que la jurisdicción es unívocamente única, mientras que el constituyente y legislador no lo determinaron así, y es ahí donde se genera el problema jurídico, pues aparte de que esa unidad se ve vulnerada genera varios problemas que a continuación se tratarán de explicar detalladamente.

3.4.1 Falta de jurisdicción como causal de excepción previa y nulidad procesal. El artículo 100 numeral 1 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) y el artículo 97 numeral 1 del Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), establecen como excepción previa *“la falta de jurisdicción”*. De acuerdo a lo anterior surge una problemática procesal puesto que la jurisdicción al ser única, simplemente se va a concluir si hay o no, pero el problema se genera en el orden jurídico colombiano cuando existen varias jurisdicciones y desde el punto de vista de la teoría general del proceso no se puede mencionar la falta de jurisdicción, es por esto que se nota la equivocación del constituyente y del legislador, puesto que su término real debe ser la competencia. Para esclarecer un poco este problema jurídico se recurre al doctor, Jorge Parra Benítez (2010) el cual afirma:

Se observa que el concepto de jurisdicción que maneja el código de procedimiento civil es equivocado. La falta de jurisdicción es excepción previa y también causa de nulidad del proceso: pero ¿cómo entender eso, si el juez debe tener jurisdicción? Quiere decir, entonces, que el asunto concreto no es de la especialidad del juez civil y por eso se configuran la excepción o la nulidad (pág. 39).

Se está de acuerdo con que se debe entender esta falta de jurisdicción, como una falta de competencia. En relación con la falta de jurisdicción como causal de nulidad procesal, en su artículo 133 numeral 1 de la Ley 1564 de 2012 (Código General del Proceso) y en el artículo 140 numeral 1 del Decreto 1400 de 1970 (Código de Procedimiento Civil), expresan que el proceso es nulo *“cuando corresponde a distinta jurisdicción”*. Lo que resiste a la misma interpretación anterior, puesto que a la luz de la teoría general del proceso se debe comprender el error, en que el sistema jurídico incurre al señalar distintas jurisdicciones, puesto que se inicia desde la Constitución política y en las distintas leyes que lo estipulan así.

3.4.2 La mal llamada jurisdicción residual. Es evidente que el legislador incurre en el error cuando utiliza el termino de jurisdicción como sinónimo de competencia, una muestra

de este error se refleja en la Ley 1564 de 2012 en su artículo 15 (Código General del Proceso), vale la pena decir que aquí se aclara un poco el error de no llamar jurisdicción a las especialidades de la jurisdicción ordinaria, al establecer lo siguiente: *clausula residual de competencia. Corresponde a la jurisdicción ordinaria, el conocimiento de todo asunto que no esté atribuido expresamente por la ley a otra jurisdicción...* ". Aquí el legislador ya se refiere a las distintas jurisdicciones que son establecidas por la constitución política.

Pero sin lugar a dudas estrictamente se piensa que sigue confundiendo jurisdicción con competencia, puesto que la jurisdicción desde el punto de vista de la teoría general del proceso sigue conservando su unidad e indivisibilidad. En cuanto al Decreto 1400 de 1970 en su artículo 12 (Código de Procedimiento Civil) establece una confusión más ambigua al mencionar las especialidades de la jurisdicción ordinaria como jurisdicciones: *"negocios que corresponden a las jurisdicción civil. Corresponde a la jurisdicción civil todo asunto que no esté atribuido por la ley a otras jurisdicciones"*. Como presuponen los artículos anteriores se observa que el legislador equipara el término jurisdicción al concepto de competencia, de manera que ilógicamente contraría la dogmática procesal.

Conclusiones.

La Constitución Política de 1991 en el Estado colombiano, interpreta de manera equivocada la plena jurisdicción, ya que decide dividirla, creando un número plural de jurisdicciones que ciertamente en su solo sentido se refiere a las distintas competencias que tienen los funcionarios jurisdiccionales. En efecto, la jurisdicción es una función pública determinada en algunos órganos derivados del poder Estatal, que buscan la consecución de una administración de justicia a través de la pacificación y solución de conflictos, en este sentido se torna indivisible.

En relación con lo establecido en la Constitución Política de 1991, el legislador colombiano por dicho mandato constitucional, desarrollo las distintas jurisdicciones, pues siguiendo las leyes referidas en el trabajo se entiende que la jurisdicción en el Estado colombiano es mal interpretada, pues se equipara con la competencia, pero como se ha dicho anteriormente la jurisdicción es el todo y la competencia es solo una parte de ésta, por lo tanto son dos instituciones procesales totalmente diferentes.

En cuanto al desarrollo legislativo que en Colombia, se le ha dado a la jurisdicción, se han determinado distintos problemas jurídicos derivados de la divisibilidad de ésta, pues ha dicho que la falta de jurisdicción es una excepción previa o causal de nulidad, y en realidad no se trata de una falta de jurisdicción, sino de una falta de competencia, por lo tanto estas causales solo generan confusión en el ordenamiento jurídico, asimismo se establece una cláusula de jurisdicción residual, ciertamente vale la pena decir que es un error del legislador, ya que la jurisdicción como única e indivisible es la misma que se ocupa de manifestarse en las diversas competencias, es por esto que no es posible tal división.

Cuando se alude a la división de la jurisdicción se debe comprender que la función jurisdiccional, hace alusión a la plena manifestación de la jurisdicción. Y que la jurisdicción como función pública en cabeza del Estado permite acceder a la administración de justicia, puesto que de existir varios asuntos, solo se estará refiriendo a la competencia, es de entender que la jurisdicción se manifiesta de manera uniforme independientemente de las competencias.

BIBLIOGRAFÍA.

- AGUDELO RAMÍREZ, M. (2ª Ed.). (2007). *El Proceso Jurisdiccional*. Medellín: Comlibros.
- AGUDELO RAMÍREZ, M. (3ª Ed.). (2004). *Introducción al Estudio del Derecho Procesal*. Medellín: Señal Editora.
- ALSINA, H. (2001). *Fundamentos de Derecho Procesal*. México: Jurídica Universitaria.
- ALVARADO VELLOSO, A. (2004). *Introducción al Derecho Procesal, primera parte*. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores.
- ASENCIO MELLADO, J. M. (3ª Ed.). (2004). *Introducción al Derecho Procesal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- AZULA CAMACHO, J. (9ª Ed.). (2006). *Manual de Derecho Procesal*. Tomo 1. Teoría General del Proceso. Bogotá: Temis.
- BENABENTOS, O. A. (2ª Ed.). (2001). *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*. Bogotá: Temis.
- CABRERA ACOSTA, B. H. (5ª Ed.). (1994). *Teoría General del Proceso y de la Prueba*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- CALAMANDREI, P. (2005). *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Leyer.
- CLARÍA OLMEDO, J. A. (1982). *Derecho Procesal Conceptos Fundamentales*. Buenos Aires: Depalma.
- COUTURE, E. J. (4ª Ed.). (2002). *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Buenos Aires: Julio Cesar Faira.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (10ª Ed.). (1985). *Compendio de Derecho Procesal*. Tomo 1. Bogotá: ABC.
- DIOGUARDI, J. (2004). *Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- DORANTES TAMAYO, L. (4ª Ed.). (1993). *Elementos de Teoría General del Proceso*. Buenos Aires: Porrúa.
- ESCOBAR ÁLZATE, J. (2010). *Manual de Teoría General del Proceso*. Ibagué: Universidad de Ibagué.
- GÓMEZ LARA, C. (1990). *Teoría General del Proceso*. México: Harla.
- LÓPEZ BLANCO, H. F. (1974). *Instituciones de Derecho Procesal Colombiano, parte general*. Bogotá: Temis.
- MESA CALLE, M. C. (2004). *Derecho Procesal Civil, parte general*. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike.
- MONROY CABRA, M. G. (1974). *Principios de Derecho Procesal Civil*. Bogotá: Temis.

OVALLE FAVELA, J. (2ª Ed.). (1995). *Teoría General del Proceso*. México: Harla Colección Textos Jurídicos.

PARRA BENÍTEZ, J. (2010). *Derecho procesal civil*. Medellín: Sello Editorial Universidad de Medellín.

PARRA QUIJANO, J. (1992). *Derecho Procesal Civil*. Tomo 1, parte general. Bogotá: Temis.

QUINTERO, B. & Prieto, E. (4ª Ed.). (2008). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis.

RAMÍREZ CARVAJAL, D. M., Bustamante Rúa, M. M., Pabón Giraldo, L. D., Rojas López, J. G., Velásquez Restrepo, L. M. & Soto Soto, O. (2010). *Derecho Procesal Contemporáneo*. Medellín: Señ Editorial Universidad de Medellín.

RICO PUERTA, L. A. (2ª Ed.). (2008). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Leyer.

RIVAS, A. A. (2005). *Teoría General del Derecho Procesal*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

ROCCO, U. (1976). *Tratado de Derecho Procesal Civil*. Tomo 1, parte general. Bogotá: Temis.

ROJAS GÓMEZ, M. E. (2ª Ed.). (2003). *El Proceso Civil Colombiano*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

RUEDA F, M. del S. (2008). *Fundamentos de Derecho Procesal*. Bogotá: Señal Editora.

VÉSCOVI, E. (1984). *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Temis.

Sentencias.

Corte Constitucional Colombiana, Sentencia T-002 (2012)

_____ Sentencia C-373 (2011)

_____ Sentencia C-917 (2001)

_____ Sentencia T-413 (1992)



Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia.¹

Karen Viviana Armenta Maestre

Abogada, especialista en derechos humanos de la Escuela Superior de Administración Pública (ESAP). Abogada asesora, grado 23, en el Tribunal Administrativo de Antioquia.
E-mail: megatrom2009@gmail.com.

¹ Artículo de revista fruto del trabajo personal de la autora.

Resumen.

Al revisar la evolución del concepto de precedente judicial en Colombia, pese a que el sistema de derecho colombiano se sitúa en uno de derecho continental, se observa que desde antes de la expedición de la Carta Política de 1991, venía tejiéndose la tesis de que la jurisprudencia no era un simple criterio auxiliar a la hora de administrar justicia, sino que constituía una fuente formal del derecho, tesis que se consolidó con los pronunciamientos de la Corte Constitucional como suprema guardiana de la Carta. Asimismo, el Alto Tribunal Constitucional también se preocupó por determinar los efectos de sus sentencias y defender la postura de que solo a ella le estaba dado indicar los efectos de sus providencias, las cuales serían por regla general vinculantes hacia futuro, pero que también podían serlo con efectos retroactivos o de inconstitucionalidad diferida.

Esa misma teoría en torno a la modulación de efectos temporales de las sentencias, que ocurre frecuentemente en la Corte Constitucional, es la que se pretende traer al escenario del Consejo de Estado como juez de legalidad cuando unifica su jurisprudencia, sobre todo cuando estas comportan aspectos de orden procesal, en aras de salvaguardar principios como la seguridad jurídica, celeridad y acceso a la Administración de Justicia. Adicionalmente, esa necesidad de modular efectos temporales, puede encontrar justificación también en el hecho de que con la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011 *“Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”*, el Legislador ha provisto de fuerza vinculante a las sentencias de unificación (1 sola) del Consejo de Estado, tanto para las autoridades judiciales como administrativas.

Palabras clave: derecho continental, doctrina constitucional, doctrina probable, fuentes, modulación de efectos, Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, precedente judicial.

Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia.

Introducción.

En Colombia, antes e incluso con el advenimiento de la Constitución Política de 1991, el Derecho se estructuró como un sistema de derecho continental², propio de Francia y España, en el que la ley es la principal fuente y la jurisprudencia, solo tiene el carácter de criterio auxiliar de interpretación, pues así quedó redactado el artículo 230 Superior: “*Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Constitucional, cuerpo colegiado que se creó en la Carta Política de 1991, como parte de la Rama Judicial del Poder Público, ha elaborado toda una teoría en torno a la obligatoriedad del precedente judicial, dando a este carácter de fuente formal del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano.

Así las cosas, primero se hará un recuento histórico para establecer cómo ha evolucionado el concepto de precedente judicial en Colombia, por lo que se pondrán de presente los conceptos de: “doctrina legal”, “doctrina constitucional” y “doctrina probable”, incorporados al ordenamiento jurídico antes de la Constitución Política de 1991. Luego, se abordará el estudio de diversos fallos de la Corte Constitucional, para derivar de allí el momento a partir del cual se fortalece la teoría del precedente judicial. Además se explicará el concepto de modulación de efectos temporales de una providencia y cómo ha ocurrido ello en tratándose de un juez de constitucionalidad y en uno de legalidad. Finalmente, se busca establecer hacia dónde avanza el poder vinculante de las providencias de unificación proferidas en el Consejo de Estado, con ocasión de la Ley 1437 de 2011, “*Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*” y por qué se justificaría la modulación de los efectos temporales de estas, siendo el Consejo de Estado un juez de legalidad, máxime si se trata de cambios procesales por vía jurisprudencial.

1. Evolución de la teoría del precedente judicial en Colombia.

1.1. Antes de la expedición de la Constitución de 1991.

Para abordar el asunto objeto de estudio, esto es, la evolución de la teoría del precedente judicial en Colombia, es necesario hacer un breve repaso por el sistema de fuentes que ha imperado en el ordenamiento jurídico colombiano, que se identifica, en principio, con el sistema de derecho continental³, de origen romano, no sin antes exponer lo que según José María Falcón y Tella, se entiende por precedente judicial:

Un «precedente» judicial es un juicio o decisión de un Tribunal de Justicia, citado con autoridad para decidir un caso similar de la misma manera, o bien de acuerdo con el mismo principio o por analogía. En un sistema

² BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. p. 149.

³ Al respecto habrá de indicarse que la cultura jurídica occidental civilizada se divide en dos vertientes: por un lado, la de los países de la Europa Continental (Francia, España) y por el otro, los países del sistema del “*common law*”; es decir, de derecho inglés, escocés, irlandés, norteamericano, entre otros, cuya tradición jurídica es de base jurisprudencial.

jurisprudencial como el de la familia romano-germánica la concepción del Derecho es de carácter «cerrado» –son Derechos o sistemas cerrados– , en los que cualquier asunto puede y debe, al menos teóricamente, recibir solución mediante la «interpretación» de una norma jurídica generalmente formulada de antemano por el legislador en términos bastante amplios. Por el contrario, los sistemas anglosajones son ordenamientos «abiertos» e inconclusos, donde se da por supuesta la existencia de numerosas lagunas, en los que la misión de los juristas se centra finalmente en el proceso de descubrimiento y establecimiento de normas particulares, dirigidas a la solución de los casos concretos y aplicables al supuesto específicamente planteado. No sin razón se ha dicho que el jurista continental «define», mientras que el inglés «enumera»⁴.

Asimismo, en la obra precitada, al distinguir entre la influencia de la codificación del derecho legislado en el Continente, frente al carácter eminentemente jurisprudencial del sistema anglosajón, enseña que:

Los países continentales, constituidos en su mayor parte en Estados nacionales durante los siglos XVI y XVII, poseen una estructura básicamente legislativa, siendo la ley, en cuanto norma general emanada del poder estatal, la principal y casi exclusiva fuente del Derecho en la jerarquía normativa de estos sistemas jurídicos. En todos ellos se produce a finales del siglo XVIII y principios del XIX, como fenómeno posterior a la recepción del Derecho romano, la Codificación, factor decisivo para la unificación de los respectivos Derechos nacionales, que se encuentra inspirado fundamentalmente en las ideas procedentes del Iusnaturalismo racionalista y del Enciclopedismo francés –a favor del dogma de la omnipotencia de la ley– y en la Doctrina de las Nacionalidades. Con la técnica codificadora se procedía a ordenar y sistematizar las normas jurídicas de las distintas ramas del Derecho privado en los Códigos –conjuntos orgánicos de normas con una estructura lógica interna, frente a la «recopilación», mero agregado yuxtapuesto de ellas–, dotando al Derecho de estabilidad, unidad, coherencia –ausencia de antinomias– y plenitud –ausencia de lagunas–⁵.

Así las cosas, a partir de las experiencias francesas sobre el Código Civil (codificación), se expiden las constituciones latinoamericanas, entre ellas, la de Colombia de 1886. En este interregno, conocido como la época de “La Regeneración”⁶ se profirieron dos importantes leyes, que corresponden a la 61 de 1886 y 153 de 1887, pero más tarde, a finales del siglo XIX, también se expidió la Ley 169 de 1896, las cuales incorporaron en el ordenamiento jurídico colombiano y su sistema de fuentes, los siguientes términos:

⁴ FALCÓN, José María y Tella. La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental. Madrid: Marcial Pons, 2010. p. 43.

⁵ *Ibíd.*, p. 60.

⁶ “Rafael Wenceslao Núñez Moledo fue el ideólogo del movimiento de la Regeneración, cuyas ideas y acciones se plasmaron en la Constitución Política de 1886, que estuvo, con algunas reformas, vigente hasta 1991”. Presidente de los Estados Unidos de Colombia [en línea] Bogotá: Presidencia de la República de Colombia. <Disponible en: <http://web.presidencia.gov.co/asiescolombia/presidentes/27.htm>>. [Consulta 17 de septiembre de 2012].

Tabla 1. Términos jurídicos.

Ley 61 de 1886 ⁷	Ley 153 de 1887 ⁸	Ley 169 de 1896 ⁹
<p>“doctrina legal”</p> <p>Art. 39. En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.</p>	<p>“doctrinal constitucional”</p> <p>Art. 8°. Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.</p> <p>Art. 10°. En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable.</p>	<p>“doctrinal probable”</p> <p>Art. 4°. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema como Tribunal de Casación sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los Jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores.</p>

Fuente: construcción de la autora.

En cuanto al concepto de “doctrina legal”, el doctor Diego Eduardo López Medina¹⁰ aborda el tema de la siguiente manera:

“El desarrollo del papel de la jurisprudencia en Colombia acusó a finales del siglo XIX la marcada influencia de estos acontecimientos europeos. Adicionalmente a la expedición del Código Civil de la República, la Regeneración debía establecer la maquinaria de justicia que habría de aplicar dicho derecho. Para tal efecto se expidió la Ley 61 de 1886 en la que se organizó de manera provisional (antes de la adopción de un Código Judicial completo) el poder judicial de la república unitaria.

En el artículo 36 de esta ley se establecía el recurso de casación “con el fin principal de unificar la jurisprudencia”. Esta función adquiriría toda su dimensión en el artículo 37, cuando establecía en la causal primera de casación lo siguiente:

Son causales de nulidad, para el efecto de interponer el recurso de casación, los hechos siguientes: 1. ° Ser la sentencia, en su parte dispositiva, violatoria de la ley sustantiva ó de doctrina legal, ó fundarse en una interpretación errónea de la una ó de la otra.

⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 61. (25, noviembre, 1886). Provisional sobre organización y atribuciones del Poder Judicial y el Ministerio Público y algunos procedimientos especiales. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1886. no. 6.881.

⁸ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 153. (15, agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diarios Oficiales. Bogotá, D.C., 1887. nos. 7.151 y 7.1526.881.

⁹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 169. (31, diciembre, 1896). Sobre reformas judiciales. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1896. no. 10235.

¹⁰ LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2006. págs. 13 y 14.

El artículo 39 se apresuraba a definir el concepto de doctrina legal:

Es doctrina legal la interpretación que la Corte Suprema de Justicia dé a unas mismas leyes en tres decisiones uniformes. También constituyen doctrina legal las declaraciones que haga la misma Corte, en tres decisiones uniformes, para llenar los vacíos que ocurran, es decir, en fuerza de la necesidad de que una cuestión dada no quede sin resolver por no existir leyes apropiadas al caso. La Corte, para interpretar las leyes, tendrá en cuenta lo dispuesto en los artículos 27 a 32 del actual Código civil de la Nación.”

De lo anterior se desprende que la mencionada Ley 61 de 1886 imponía a la Corte Suprema de Justicia la obligación de casar las sentencias que violaran o interpretaran erróneamente la doctrina legal. Sin embargo, más tarde, con la expedición de la Ley 153 de 1887, se estableció como regla de interpretación para todos los jueces en casos dudosos, lo siguiente: “**ARTÍCULO 10.** *En casos dudosos, los Jueces aplicarán la doctrina legal más probable. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como Tribunal de Casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina legal más probable”.*

No obstante, las críticas a la teoría de la doctrina probable no se hicieron esperar por parte de la Corte Suprema de Justicia¹¹, las cuales surtieron sus efectos en el poder legislativo, que expidió la Ley 169 de 1896, la cual dio paso al sistema “libre de jurisprudencia”. Dentro de las reformas importantes, el artículo 4° subrogó el precitado artículo 10 de la Ley 153 de 1887, vigente hasta el día de hoy, cuyo tenor literal dispone: “**ARTICULO 10.** *Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen doctrina probable, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores”.*

Esta disposición aclaró el panorama pues, por un lado, precisó que la doctrina probable podía ser variada por la propia Corte y, por el otro, ya no imponía a los jueces la utilización de la doctrina probable como soporte de sus sentencias; es decir, pasa a ser una posibilidad y no una exigencia. En consecuencia, pronto se asumió en el ámbito jurídico colombiano que la redacción de la disposición aludida, implicaba un tránsito de un sistema de “doctrina legal probable” a uno “libre de jurisprudencia”, en el que los jueces, podían o no aplicar en sus decisiones la jurisprudencia de la Corte y que esta podía variarla, cuando a bien lo tuviera. Con ello, el derecho colombiano se apegaba nuevamente al sistema continental propio del derecho europeo, más concretamente del francés.

1.2. Con posterioridad a la entrada en vigor de la carta política de 1991.

Con la entrada en vigor de la Carta Política de 1991 se creó como parte de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, la Corte Constitucional, a la que se le “...confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución...”¹² y en ejercicio de dicha función, uno

¹¹ La Ley 105 de 1890 no solo redujo a dos el número de sentencias uniformes exigidas para constituir doctrina probable, sino que obligaba a la Corte a indicar en términos claros, precisos y generales lo que de la providencia se consideraba doctrina legal, lo que llevó a dicha Corporación a pensar que una vez expresada la doctrina, se requeriría modificación legal, pues no sería posible hacerlo en sede judicial, lo cual se traducía en un sistema sumamente rígido.

¹² REPÚBLICA DE COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política de Colombia (artículo 241). Bogotá: Legis, 2008. p. 82.

de los primeros debates que dio luego de su creación, fue precisamente sobre el entendimiento del sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano, que había sido sustancialmente modificado por el artículo 230 Superior, que reza: “*Los jueces, en sus providencias, solo están sometidos al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial*”.

Así por ejemplo, en sentencia C-131 de 1993, la Corte al resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad presentada -entre otros- contra el artículo 23¹³ (parcial) del Decreto ley 2067 de 1991, explicó:

“1. ¿Hacen tránsito a cosa juzgada formal y material las sentencias de la Corte Constitucional?

Para responder a esta pregunta es necesario establecer si cuando una autoridad “reproduce el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo” -art. 243 CP-, viola un criterio obligatorio -art. 230 inciso 1° CP- o un criterio auxiliar -art. 230 inciso 2°-.

En otras palabras, ¿la sentencia de la Corte Constitucional es para un juez fuente obligatoria o es fuente auxiliar?

Para esta Corporación es muy claro que la respuesta a tal pregunta no es otra que la de considerar que tal sentencia es fuente obligatoria. Así lo dispone el artículo 243 superior precitado e incluso el inciso 1° del artículo 21 del Decreto 2067 de 1991, que dice:

Las sentencias que profiera la Corte Constitucional tendrán el valor de cosa juzgada constitucional y son de obligatorio cumplimiento para todas las autoridades y los particulares (negritas fuera de texto).

Este texto es idéntico al artículo 243 de la Carta, salvo la parte en negrilla, que es una adición novedosa del Decreto 2067.

[...]

4. ¿Quién determina los efectos obligatorios de una sentencia de la Corte Constitucional?

Como ya lo ha establecido esta Corporación, sólo la Corte Constitucional, ciñéndose a la preceptiva superior, puede fijar los alcances de sus sentencias.

Se trata pues de un problema de competencia: en rigor la norma acusada no podía regular sin violar la Constitución los efectos de los fallos de esta Corte, sobre cuya determinación la única entidad competente es la Corte Constitucional (C.P. art. 241).

¹³ En esta oportunidad la Corte declaró inexecutable el término “obligatorio” contenido en el aludido artículo 23 del Decreto 2067/91, cuyo texto literal dispone: “*La doctrina Constitucional enunciada en las sentencias de la Corte Constitucional, mientras no sea modificada por ésta, será criterio auxiliar obligatorio para las autoridades y corrige la jurisprudencia. Las modificaciones a la doctrina existente, deberán ser explicadas en la sentencia*”.

Así lo estableció esta Corporación cuando dijo:

*A lo anterior, cabría agregar que la declaración de inexecutable de este inciso, no obsta para que la Corte, **en ejercicio de sus funciones propias**, señale en la sentencia que los efectos de la cosa juzgada se aplican sólo respecto de las disposiciones constitucionales consideradas en la sentencia. Al fin y al cabo, **sólo a la Corte compete determinar el contenido de sus sentencias.***¹⁴

Para mayor abundamiento la Corte ha sostenido en la sentencia precitada que "en síntesis, entre la Constitución y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquélla, no puede interponerse ni una hoja de papel."

Del aparte jurisprudencial transcrito se colige que las decisiones de la Corte en sede de constitucionalidad no son criterio auxiliar, sino obligatorias y que el efecto de sus sentencias solo lo impone ella como suprema guardiana de la Carta, de conformidad con el artículo 241 Superior.

Pero es a partir de las sentencias de 1995¹⁵, en las que la Corte Constitucional “*adopta un sistema fuerte de precedentes, en contravía aparente del sistema adoptado por la Ley 169 de 1896*”¹⁶ y entabla fuertes discusiones en torno al sistema de fuentes en el ordenamiento jurídico colombiano, previsto en el artículo 230 de la C.P.

Luego, el Congreso de la República expidió la Ley 270 de 1996¹⁷, que en su artículo 48, consagra:

“Las sentencias proferidas en cumplimiento del control constitucional tienen el siguiente efecto:

1. Las de la Corte Constitucional dictadas como resultado del examen de las normas legales, ya sea por vía de acción, de revisión previa o con motivo del ejercicio del control automático de constitucionalidad, sólo serán de obligatorio cumplimiento y con efecto erga omnes en su parte resolutive. La parte motiva constituirá criterio auxiliar para la actividad judicial y para la

¹⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia N° C-113/93. M.P. Jorge Arango Mejía.

¹⁵ En la sentencia C-083 de 1995, magistrado ponente doctor Carlos Gaviria Díaz, la Corte Constitucional al realizar el estudio de constitucionalidad del artículo 230 (inciso 2) Superior, desarrolló el concepto de “doctrina constitucional” y en ella, en palabras del doctor López Medina “En suma: la Corte Constitucional distingue los conceptos y los efectos jurídicos de la doctrina constitucional integradora, la doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia. La doctrina constitucional integradora es fuente de derecho obligatoria para todas las autoridades y los particulares. La doctrina constitucional interpretativa y la jurisprudencia son guías auxiliares o subsidiarias que no comprometen el criterio autónomo del operador judicial. No se trata tanto de mandatos normativos como de consejos que el juez experimentado da a todo aquel que los quiera escuchar. La jurisprudencia, así las cosas, es una mera fuente auxiliar de la actividad judicial. Ser fuente auxiliar significa, de nuevo, que las decisiones judiciales son tan sólo guías ilustrativas y optativas de la actividad judicial y que no es posible argumentar un quebranto del sistema de derecho si un juez dado, en un caso concreto analogizable, se niega a seguir otra decisión similar fallada previamente por él mismo, por un superior jerárquico o incluso por la propia Corte Constitucional. Ese valor indicativo de la jurisprudencia está definido en el artículo 4° de la Ley 169 de 1896”. (LÓPEZ MEDINA. Op. cit., p. 43).

Asimismo, en sentencia T-260 de 1995, con ponencia del doctor: doctor José Gregorio Hernández, dicha Corporación también da carácter de precedente constitucional a la sentencias de revisión de tuteladas.

¹⁶ LOPEZ MEDINA, Diego Eduardo. Op. Cit. p. 29.

¹⁷ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 270. (7, marzo, 1996). Estatutaria de la Administración de Justicia. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 1996. no. 42.745.

aplicación de las normas de derecho en general. La interpretación que por vía de autoridad hace, el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general.

2. Las decisiones judiciales adoptadas en ejercicio de la acción de tutela tienen carácter obligatorio únicamente para las partes. Su motivación sólo constituye criterio auxiliar para la actividad de los jueces.”

Sin embargo, en la sentencia C-037 de 1996, el Tribunal Constitucional declaró inexecutable las expresiones “solo” y “el Congreso de la República”, que traía el precitado artículo 48 de la Ley 270 de 1996, por estimar que:

“La jurisprudencia -como se verá más adelante- ha sido clara en definir que la labor de la Corte Constitucional, encaminada a guardar la supremacía y la integridad de la Carta (Art. 241 C.P.), hace que ella sea la responsable de interpretar con autoridad y de definir los alcances de los preceptos contenidos en la Ley Fundamental. En ese orden de ideas, resulta abiertamente inconstitucional el pretender, como lo hace la norma que se estudia, que sólo el Congreso de la República interpreta por vía de autoridad. Ello es válido, y así lo define el artículo 150-1 de la Carta, únicamente en lo que se relaciona con la ley, pero no en lo que atañe al texto constitucional. Por lo demás, no sobra agregar que la expresión “Sólo la interpretación que por vía de autoridad hace el Congreso de la República tiene carácter obligatorio general”, contradice, en este caso, lo dispuesto en el artículo 158 superior, pues se trata de un asunto que no se relaciona con el tema de la presente ley estatutaria, es decir, con la administración de justicia.

La razones expuestas llevarán a la Corte a declarar la inexecutable de las expresiones “Sólo” y “el Congreso de la República”, bajo el entendido de que, como se ha expuesto, la interpretación que por vía de autoridad hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio general.

[...]

De lo dicho, se desprende claramente la executable de la norma que se revisa, excepto, como antes se ha explicado, las expresiones señaladas en la parte final del numeral 1o. En efecto, sólo será de obligatorio cumplimiento, esto es, únicamente hace tránsito a cosa juzgada constitucional, la parte resolutive de las sentencias de la Corte Constitucional. En cuanto a la parte motiva, como lo establece la norma, esta constituye criterio auxiliar para la actividad judicial y para la aplicación de las normas de derecho en general; sólo tendrían fuerza vinculante los conceptos consignados en esta parte que guarden una relación estrecha, directa e inescindible con la parte resolutive; en otras palabras, aquella parte de la argumentación que se considere absolutamente básica, necesaria e indispensable para servir de soporte directo a la parte resolutive de las sentencias y que incida directamente en ella.

Por lo demás, cabe puntualizar que las sentencias judiciales a través de las cuales se deciden acciones de tutela, sólo tienen efectos en relación con las partes que intervienen en el proceso (Decreto 2591/91, art. 36). Sin embargo, la doctrina constitucional que define el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sentada por la Corte Constitucional, con ocasión de la revisión de los fallos de tutela, trasciende las situaciones concretas que le sirven de base y se convierte en pauta que unifica y orienta la interpretación de la Constitución. El principio de independencia judicial, tiene que armonizarse con el principio de igualdad en la aplicación del derecho, pues, de lo contrario, se corre el riesgo de incurrir en arbitrariedad. La jurisprudencia de los altos órganos jurisdiccionales, por medio de la unificación doctrinal, persigue la realización del principio de igualdad. Por consiguiente, sin perjuicio de lo observado respecto de la doctrina constitucional, la exequibilidad del segundo numeral del artículo 48, materia de examen, se declarará bajo el entendido de que las sentencias de revisión de la Corte Constitucional, en las que se precise el contenido y alcance de los derechos constitucionales, sirven como criterio auxiliar de la actividad de los jueces, pero si éstos deciden apartarse de la línea jurisprudencial trazada en ellas, deberán justificar de manera suficiente y adecuada el motivo que les lleva a hacerlo, so pena de infringir el principio de igualdad¹⁸. “

Resulta pertinente indicar que si bien con posterioridad a los citados pronunciamientos, se profirieron importantes fallos sobre el tema¹⁹, sin lugar a dudas, la sentencia C-836 de 2001²⁰ constituye un hito, porque -entre otras cosas- dio un tratamiento unificado a toda la jurisprudencia nacional, en el sentido de que el artículo 4^o²¹ de la Ley 169 de 1896 es norma aplicable tanto a la Corte Suprema de Justicia como a las Altas Cortes que para ese entonces no existían (Consejo de Estado y Corte Constitucional) y que en dicha disposición no se avala un sistema libre de jurisprudencia, sino que esta es vinculante, aunque en virtud del principio de la autonomía judicial los jueces pueden apartarse de la línea jurisprudencial trazada, si exponen motivos suficientes y razonables para ello.

De la mencionada providencia C-836 de 2001, se resaltan los argumentos que a continuación se compendian:

- El artículo 230 de la Constitución Nacional debe ser interpretado no en forma exegética, sino que debe armonizarse con los principios constitucionales y mandatos que la misma Carta Política impone, dentro de los cuales se resaltan los principios de razón suficiente, igualdad –ante la ley y en cuanto a la protección y trato por

¹⁸ Cfr. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sala de Revisión No. 2. Sentencia No. T-123/95. Magistrado Ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹⁹ Cfr. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencias SU-640/98 y SU-047/99.

²⁰ “La sentencia C-836 de 2001 de la Corte Constitucional, sostiene que el precedente es fuente formal del derecho y analiza las razones por las cuales ello es así dentro del marco de la Constitución de 1991, que introdujo transformaciones sustanciales y orgánicas que llevan ineludiblemente a esta conclusión y que complementan las consideraciones en las que se fundó la Corte para hacerlo...” (OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Fuentes del Derecho. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. p. 195).

²¹ “Artículo 4. Tres decisiones uniformes dadas por la Corte Suprema, como tribunal de casación, sobre un mismo punto de derecho, constituyen **doctrina probable**, y los jueces podrán aplicarla en casos análogos, lo cual no obsta para que la Corte varíe la doctrina en caso de que juzgue erróneas las decisiones anteriores” (negritas fuera de texto).

parte de las autoridades²² –, y colaboración armónica de los diferentes órganos del Estado, ya que con fundamento en ellos la creación del derecho en Colombia es una tarea compartida y es ahí donde encuentra su justificación la labor del juez al interpretar el texto abstracto de la ley.

- Las decisiones judiciales no pueden desconocer por simple capricho la jurisprudencia y tratar de manera distinta casos que en el pretérito fueron analizados por esta, so pretexto de la autonomía judicial, porque ello ineludiblemente se traduce a la luz de la Carta Política, como desconocimiento y omisión del cumplimiento de un deber constitucional²³.
- La ley en sentido formal –originaria del Legislador– y la Constitución como norma de normas (supremacía constitucional) son las dos principales fuentes del derecho en el ordenamiento jurídico colombiano, de ahí la sujeción de la actividad judicial a ellas, pero como esta última incorpora valores, principios y objetivos que no pueden desconocerse, los jueces están obligados a respetar los fundamentos jurídicos mediante los cuales han resuelto situaciones análogas anteriores y para apartarse de ellas, deben manifestar las razones por las cuales lo hacen (justificación).
- Dice que la fuerza normativa de la doctrina probable deviene:

*[...] (1) de la **autoridad** otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla, unificando la jurisprudencia ordinaria nacional; (2) del carácter decantado de la interpretación que dicha autoridad viene haciendo del ordenamiento positivo, mediante una **continua confrontación y adecuación a la realidad social** y; (3) del deber de los jueces respecto de a) la*

²² En la sentencia C-104/93, la Corte estableció que el contenido del derecho de acceso a la administración de justicia implica también el derecho a recibir un tratamiento igualitario. Dijo: “El artículo 229 de la Carta debe ser concordado con el artículo 13 idem, de tal manera que el derecho a “acceder” igualitariamente ante los jueces **implica no sólo la idéntica oportunidad de ingresar a los estrados judiciales sino también el idéntico tratamiento que tiene derecho a recibirse** por parte de jueces y tribunales ante situaciones similares. Ya no basta que las personas gocen de iguales derechos en las normas positivas ni que sean juzgadas por los mismos órganos. Ahora se exige además que en la aplicación de la ley las personas reciban un tratamiento igualitario. La igualdad en la aplicación de la ley impone pues que un mismo órgano no pueda modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales”.

²³ Al respecto, la Corte en sentencia SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero) estableció:

43- El respeto a los precedentes cumple funciones esenciales en los ordenamientos jurídicos, incluso en los sistemas de derecho legislado como el colombiano. Por ello, tal y como esta Corte lo ha señalado, todo tribunal, y en especial el juez constitucional, debe ser consistente con sus decisiones previas, al menos por cuatro razones de gran importancia constitucional. En primer término, por elementales consideraciones de seguridad jurídica y de coherencia del sistema jurídico, pues las normas, si se quiere que gobiernen la conducta de los seres humanos, deben tener un significado estable, por lo cual las decisiones de los jueces deben ser razonablemente previsibles. En segundo término, y directamente ligado a lo anterior, esta seguridad jurídica es básica para proteger la libertad ciudadana y permitir el desarrollo económico, ya que una caprichosa variación de los criterios de interpretación pone en riesgo la libertad individual, así como la estabilidad de los contratos y de las transacciones económicas, pues las personas quedan sometidas a los cambiantes criterios de los jueces, con lo cual difícilmente pueden programar autónomamente sus actividades. En tercer término, en virtud del principio de igualdad, puesto que no es justo que casos iguales sean resueltos de manera distinta por un mismo juez. Y, finalmente, como un mecanismo de control de la propia actividad judicial, pues el respeto al precedente impone a los jueces una mínima racionalidad y universalidad, ya que los obliga a decidir el problema que les es planteado de una manera que estarían dispuestos a aceptar en otro caso diferente pero que presente caracteres análogos. Por todo lo anterior, es natural que en un Estado de derecho, los ciudadanos esperen de sus jueces que sigan interpretando las normas de la misma manera, por lo cual resulta válido exigirle un respeto por sus decisiones previas.

igualdad frente a la ley y b) la igualdad de trato por parte de las autoridades y; (4) del principio de buena fe que obliga también a la rama jurisdiccional, prohibiéndole actuar contra sus propios actos. Por otra parte, la autoridad de la Corte Suprema para unificar la jurisprudencia tiene su fundamento en la necesidad de garantizar los derechos fundamentales de las personas y esta atribución implica que la Constitución le da un valor normativo mayor o un “plus” a la doctrina de esa alta Corporación que a la del resto de los jueces de la jurisdicción ordinaria. Ello supone que la carga argumentativa que corresponde a los jueces inferiores para apartarse de la jurisprudencia decantada por la Corte Suprema es mayor que la que corresponde a éste órgano para apartarse de sus propias decisiones por considerarlas erróneas.

- Precisa que no todo el cuerpo de una sentencia tiene fuerza normativa, por lo que reitera los conceptos de *obiter dicta* o afirmaciones dichas de paso y los *ratione decidendi* o fundamentos jurídicos suficientes, que son inescindibles de la decisión sobre un determinado punto de derecho²⁴, pues solo los últimos tienen fuerza vinculante; en tanto que los primeros, dicen relación con los criterios auxiliares de la actividad judicial a los que se refiere el pluricitado artículo 230 (inciso 2º) de la C.P.

Con estos pronunciamientos -entre otros- hoy puede afirmarse que en Colombia existe un cimentado sistema de precedente judicial, pero surge un interrogante: ¿cuántas sentencias son necesarias para que se constituyan en precedente judicial? Según la interpretación del doctor Carlos Bernal Pulido²⁵:

“En el derecho colombiano este interrogante tiene dos respuestas. Si se trata de jurisprudencia constitucional, se necesita una sola sentencia de la Corte Constitucional para que exista precedente. Esto quiere decir que, como ella misma ha sostenido, toda sentencia de la Alta Corte constituye precedente. En cambio, la respuesta es distinta cuando se trata de la jurisprudencia ordinaria. Tanto el artículo 4º. De la Ley 169 de 1896 como la Sentencia C-836 de 2001 determinan que no una sino tres sentencias uniformes de la Corte Suprema de justicia o del Consejo de Estado sobre un mismo punto de derecho, constituyen “doctrina legal probable” y conforman un precedente.”

Empero, recientemente las codificaciones procesales en el ordenamiento jurídico colombiano han sufrido importantes cambios, dentro de las cuales se resaltan las Leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011²⁶ y la 1564 de 2012, que han variado los parámetros antes indicados y dicho sea de paso, superaron con éxito el examen de constitucionalidad realizado por la Corte Constitucional. No obstante, aunque desde ya se anuncia que su análisis será objeto de pronunciamiento a profundidad en capítulos siguientes, se anticipa

²⁴ Sobre los mencionados conceptos ver las siguientes providencias: SU-168/99, (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), SU-047/99 (M.P. Alejandro Martínez Caballero), SU-640/98 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-961/00 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra), T-937/99 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), Auto A-016/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis), T-022/01 (M.P. Cristina Pardo Schlesinger), T-1003/00 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

²⁵ BERNAL PULIDO, Carlos. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. p. 161.

²⁶ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1437 (18, enero, 2011). Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2011. no. 47.956.

que la mencionada Corte ha dejado sentada la prevalencia de sus decisiones, pues aunque resolvió dar plena validez a la obligatoriedad de las sentencias unificadas de las Altas Cortes, su jurisprudencia está “por encima” de estas.

2. Bases teóricas de a modulación de las sentencias. Juez de constitucionalidad vs juez de legalidad.

La Carta Política de 1991, en su artículo 243, al referirse a los efectos de las sentencias de inconstitucionalidad, solo indicó que los fallos de la Corte Constitucional hacen tránsito a cosa juzgada, que son de obligatorio cumplimiento tanto para las autoridades como para los particulares y con efectos temporales hacia futuro como regla general. No obstante, aunque la labor del Constituyente llegó hasta allí, ha sido la propia Corte, a través de sus providencias, la que ha elaborado toda una teoría en cuanto a los distintos tipos de sentencias que puede proferir y los efectos temporales de estas. Así por ejemplo, se tienen las denominadas sentencias interpretativas o condicionadas y las integradoras o aditivas. Sobre este punto vale la pena revisar la explicación que de ello hace el profesor Edgar Solano González:

“La Corte tiene la función de asegurar la integridad y supremacía de la Constitución, mediante el control abstracto y objetivo de la constitucionalidad de la ley, esto es, un control jurídico a través del cual el juez constitucional establece si una disposición legal es conforme o no con el texto constitucional, tanto por vicios de procedimiento como por su contenido material. En este caso, la sentencia (esto es: exequibilidad o inexequibilidad de la ley) que la Corte profiere en ejercicio del control jurisdiccional tiene el valor de cosa juzgada constitucional, y es de obligatorio cumplimiento por parte de las autoridades y los particulares (art. 243 de la C.P.). Sin embargo, la Corte no se limita a declarar la exequibilidad o inexequibilidad del precepto legal demandado, sino que además, en ciertas ocasiones profiere sentencias interpretativas, integradoras y de exequibilidad temporal diferida que pueden incidir directamente en la libertad de configuración del Legislador. En otros términos, determinadas técnicas de decisión de la Corte han ido más allá del clásico modelo de legislador negativo, por cuanto “la sentencia constitucional no se limita a suprimir el precepto legal contrario a la Constitución, sino que incorpora una norma nueva al ordenamiento”. Así pues, dependiendo del caso concreto, la Corte decide, por ejemplo, condicionar una decisión de exequibilidad a la interpretación que encuentra conforme a la Constitución; integrar un principio o valor constitucional al precepto legal cuestionado o decide, excepcionalmente, que los efectos de su decisión serán retroactivos o, que empezarán a regir a partir de una fecha futura²⁷.”

Ahora, en cuanto a los efectos de sus fallos, de nuevo se impone la necesidad de traer a mención las ya citadas sentencias C- 113 de 1993 y C-037 de 1996, en las que la Corte dejó bien claro que en el marco de su función de garantizar la supremacía e integridad de la Carta, puede determinar los efectos de sus sentencias, pero que ciertamente la regla general

²⁷ SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, En: CEPEDA, Manuel José, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y JULIO ESTRADA, Alexei. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 528.

es que produzcan efectos hacia futuro, esto es, a partir de la notificación de la sentencia que decide el proceso de constitucionalidad. Sobre este punto el máximo Tribunal Constitucional en Colombia, enseña:

“[...] elementales razones de seguridad jurídica recomiendan que exista una regla general sobre los efectos en el tiempo de las sentencias del juez constitucional. Y en el caso colombiano, la norma general es la siguiente: la constatación de que una ley adolece de un vicio de inconstitucionalidad implica su declaración de inexecutable por la Corte Constitucional, y esa decisión tiene efectos hacia el futuro o ex nunc, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos constitucionales, como el Alemán o el estadounidense, en donde el fallo tiene efectos retroactivos o ex tunc. Esto significa que una sentencia de inconstitucionalidad diferida representa una excepción a la regla general sobre los efectos temporales de las decisiones de la Corte, lo cual tiene una obvia consecuencia: el recurso a ese tipo de decisiones no sólo debe ser de uso excepcional sino que debe estar expresamente motivado, pues el juez constitucional tiene una carga de argumentación, ya que debe explicar convincentemente por qué se separa de la regla general.”

Dicho de otro modo, la Corte como máximo juez constitucional ha previsto, hablando concretamente de los efectos en el tiempo de sus sentencias, otros distintos a la regla general de que son hacia futuro, pues en los casos en que esta lo determine, pueden ser retroactivos o de inconstitucionalidad diferida²⁸. Sin embargo, surge la pregunta de si ello es posible en tratándose de un juez ya no constitucional, sino de legalidad, como sería el caso del Consejo de Estado (en el marco de dicha función), como máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, por cuanto es difícil pensar en que al resolver una situación particular y concreta pueda modular los efectos de su decisión. No obstante, –y como se verá– ya el Consejo de Estado ha dado muestras de cómo puede ello ocurrir.

Al respecto, resulta pertinente analizar la sentencia de importancia jurídica proferida por la Sala Plena del H. Consejo de Estado, en la que se cambió el criterio jurisprudencial respecto de la vía por la que debía demandarse la sanción moratoria y los efectos de dicha providencia:

“En conclusión:

- (i) El acto de reconocimiento de las cesantías definitivas puede ser controvertido, cuando el administrado no está de acuerdo con la liquidación, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.*
- (ii) Ese mismo acto constituye título ejecutivo y puede ser reclamado por la vía judicial correspondiente, que es la acción ejecutiva, pero en lo que*

²⁸ “Una sentencia de inconstitucionalidad diferida, o de constitucionalidad temporal, es aquella por medio de la cual el juez constitucional constata que la ley sometida a control es inconstitucional, pero decide no retirarla inmediatamente del ordenamiento, por la sencilla razón de que la expulsión automática de la disposición ocasionaría “una situación peor, desde el punto de vista de los principios y valores constitucionales”, por lo cual el Tribunal Constitucional establece “un plazo prudencial para que el Legislador corrija la inconstitucionalidad que ha sido constatada” (sentencia C-737 de 2001).

respecta a la sanción moratoria deberá demostrarse, además, que no se ha pagado o que se pagó en forma tardía.

(iii) El acto de reconocimiento de la sanción moratoria puede ser cuestionado a través de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho si el administrado se encuentra inconforme con él, pero si hay acuerdo sobre su contenido y no se produce el pago de la sanción la vía indicada es la acción ejecutiva.

(iv) Cuando se suscite discusión sobre algunos de los elementos que conforman el título ejecutivo, como que no sean claros, expresos y exigibles, debe acudirse ante esta jurisdicción para que defina el tema. De lo contrario la obligación puede ser ejecutada ante la jurisdicción ordinaria por la acción pertinente.

Conviene precisar que en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho siempre existirá un acto atacable. Los expresos de reconocimiento de las cesantías definitivas y de reconocimiento de la sanción moratoria, o los fictos frente a la petición de reconocimiento de las cesantías definitivas o frente a la petición de reconocimiento y pago de la indemnización moratoria, por lo que la acción que debe impetrarse es la de nulidad y restablecimiento del derecho.

Efectos de la presente sentencia

Como fue reseñado, en ocasiones anteriores se ha acudido ante esta jurisdicción, mediante la acción de reparación directa, con el fin de obtener el pago de la indemnización moratoria ante la falta de pago oportuno de las cesantías definitivas, prevista en la Ley 244 de 1995, instrumento que ahora se considera improcedente.

Sin embargo, por razones de seguridad jurídica y por respeto al derecho de acceso a la administración de justicia, los procesos emprendidos a través de la acción de reparación directa, que no requiere agotamiento de la vía gubernativa, deben continuar con el trámite iniciado hasta su culminación, conforme a las tesis jurisprudenciales correspondientes. Por lo tanto la presente sentencia ha de ser criterio jurisprudencial a partir de su ejecutoria.²⁹” (Negrillas fuera de texto).

Nótese que fueron objeto de modulación los efectos que esa sentencia generaría, ya que a partir de su ejecutoria ese criterio jurisprudencial aplicaría de inmediato, pero a fin de salvaguardar la seguridad jurídica y acceso a la Administración de Justicia, se indicó que el nuevo criterio jurisprudencial regiría para los procesos que se iniciaran con posterioridad a la ejecutoria de dicha providencia.

Por otra parte, en la providencia (auto) de unificación de 4 de agosto de 2010 proferida por el H. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, con ponencia del doctor Gerardo Arenas Monsalve, radicado número: 11001-03-25-000-2010-00163-00 (1203-10), se precisó a quién correspondía la competencia para asumir el conocimiento de las acciones (entiéndase pretensiones) de nulidad y restablecimiento del

²⁹ COLOMBIA, Consejo de Estado. Sala Plena. Radicado número: 76001-23-31-000-2000-02513-01(IJ): 27 de marzo de 2007, C.P. Jesús María Lemos Bustamante.

derecho, en las que se controvierte la legalidad de las sanciones disciplinarias que impliquen retiro temporal o definitivo del servicio (destituciones y suspensiones en el ejercicio del cargo).

Sinopsis del caso:

Tabla 2. Términos jurídicos

ÓRGANOS DE LA JURISDICCIÓN DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO	NORMA HABILITANTE DE COMPETENCIA EN ASUNTOS DISCIPLINARIOS	ASUNTOS DE SU COMPETENCIA EN MATERIA DISCIPLINARIA
CONSEJO DE ESTADO	Artículo 128 (numeral 13) del C.C.A. Cláusula general de competencia	En los asuntos de carácter contencioso administrativo para los que no exista regla especial de competencia, el Consejo asumirá la misma en única instancia .
TRIBUNALES ADMINISTRATIVOS	Artículo 131 (numeral 2) del C.C.A.	Las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho que carezcan de cuantía, en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas distintas a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, corresponden en única instancia a los Tribunales Administrativos.
JUZGADOS ADMINISTRATIVOS	Artículo 134B (numeral 2) del C.C.A.	Las pretensiones de nulidad y restablecimiento del derecho sin cuantía, abarcando las controversias originadas en una relación laboral legal y reglamentaria o las controversias sobre actos administrativos de carácter laboral proferidas por una autoridad del orden nacional corresponden en primera instancia a los Juzgados Administrativos.

Fuente: construcción de la autora.

En el proveído analizado el Consejo de Estado traza una línea o criterio unificado frente al tema y pone de presente que existe un vacío normativo en cuanto a quién le corresponde asumir la competencia en dichos asuntos cuando la sanción corresponda al retiro temporal o definitivo del servicio, pues si bien el Legislador indicó con toda precisión que los tribunales administrativos conocerían en única instancia de las acciones de nulidad y restablecimiento que carezcan de cuantía, en que se controviertan sanciones disciplinarias administrativas **distintas** a las que originen retiro temporal o definitivo del servicio, nada dijo respecto de las que sí lo implicaban, por lo que en muchos tribunales y juzgados del país se pensó que de conformidad con el precitado artículo 134B (numeral 2) del C.C.A., la competencia estaba asignada a los jueces administrativos, ya no en un proceso de única instancia, sino en uno de doble. Ante esta situación, desde el año 2006³⁰, empezó a tomar forma la tesis de que *“Resulta... contrario a la lógica jurídica el hecho de que mientras el conocimiento de una sanción disciplinaria administrativa, como la amonestación escrita*

³⁰ COLOMBIA, Consejo de Estado. Radicación: 110010322400020050033300: 12 de octubre de 2006, C.P. Alejandro Ordoñez Maldonado.

Esta postura fue reiterada por la misma Corporación, dentro del expediente No.47001-23-31-000-2001-00933-01: 27 de marzo de 2009, C.P. Gerardo Arenas Monsalve, pero con algunas precisiones.

que corresponde a una falta leve culposa, corresponde privativamente y en única instancia a los Tribunales Administrativos, la destitución que se impone como consecuencia de una falta gravísima dolosa, esté radicada en los jueces administrativos”, por lo que, acudiendo a la regla general de competencia (artículo 128 numeral 13 del C.C.A.), el Consejo de Estado, debía asumir su conocimiento como un proceso de única instancia sin importar si tenía o no cuantía y en cuanto a los efectos de dicha decisión, la aludida providencia de 4 de agosto de 2010, dijo:

“Se concluye, conforme a las consideraciones que preceden y en aplicación de la previsión consagrada en el num. 13 del art. 128 del C.C.A., modificado por el artículo 36 de la Ley 446 de 1998, que la competencia para conocer de las controversias como la presente, en las que se impugnan sanciones disciplinarias que originan el retiro del servicio, corresponde privativamente y en única instancia al Consejo de Estado, tengan o no cuantía. Por ende, todas las actuaciones surtidas por y ante el Juzgado Sexto Administrativo del Circuito Judicial de Neiva, están viciadas de nulidad insaneable consistente en la falta de competencia funcional del juez.”

Nótese, que como lo reseña el texto de la propia providencia, con este pronunciamiento eran tres los dictados en ese sentido, por lo que solo a partir de allí podía hablarse en estricto sentido de un precedente, luego entonces, antes no había una regla de competencia clara, ni una interpretación jurisprudencial con fuerza de precedente, por lo que se considera es un claro ejemplo de una situación en la que debió modularse el efecto de la providencia y no se hizo, esto con la finalidad de permitir que finalizaran los procesos en curso y solo a partir de su ejecutoria empezar a aplicar esta regla de competencia, porque tal y como quedó adoptada la decisión, generó más caos e injusticia de las que esperaba solucionar, porque esa decisión provocó que en todos los juzgados y Tribunales Administrativos del país en procesos de esta naturaleza, se declarara la nulidad de todo lo actuado, inclusive, encontrándose al despacho para fallo en segunda instancia, consecuencia catastrófica para el usuario de la Administración de Justicia, quien tras esperar 10 o más años las resultados de su proceso, tuvo que soportar la declaratoria de nulidad de lo actuado, por la decisión “más justa” en estos asuntos.

Se concluye de lo anterior, que el Consejo de Estado ha unificado criterios tanto en autos como en sentencias y que sí es posible hablar de modulación de efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado, pues si ya lo ha hecho –o sea, antes de la entrada en vigor de la Ley 1437 de 2011-, con mayor razón lo hará con las herramientas de las que le ha provisto el Legislador en dicha normativa, donde ya no 5 sentencias en el mismo sentido constituirán un precedente, sino que solo una tiene ese carácter y además obligatorio para todas las autoridades administrativas y judiciales en Colombia.

3. La fuerza vinculante de las providencias del Consejo de Estado en Colombia.

3.1 La ley 1437 de 2011. Cambios, vacíos y retos que debe asumir el Consejo de Estado con su entrada en vigor.

Tal como se había anticipado en el primer capítulo, recientemente se han producido cambios en los diferentes ordenamientos jurídico-procesales en Colombia de los que se

resaltan las Leyes 1395 de 2010, 1437 de 2011 y 1564 de 2012³¹, que han planteado varias respuestas a la pregunta ¿cuántas sentencias son necesarias para que se constituyan en precedente judicial?

Así las cosas, la mencionada Ley 1395 de 2010³² en su artículo 114 plantea como solución que para los asuntos que allí se enlistan, ya no serán 3 decisiones uniformes sino 5 que resuelvan casos análogos (identidad de hechos y pretensiones), las que “tendrán” que ser observadas al momento de resolver peticiones o expedir actos administrativos, regla aplicable tanto para la Jurisdicción Ordinaria como para la de lo Contencioso Administrativo. Empero, en lo que atañe a esta última, esa regla fue derogada por virtud del artículo 309 de la Ley 1437 de 2011³³, en los procedimientos y las actuaciones administrativas que se inicien, así como a las demandas y procesos que se instauren con posterioridad a la entrada en vigencia de esta normativa (2 de julio de 2012) y como se verá, una sola providencia de unificación es precedente judicial y, en consecuencia tiene fuerza vinculante tanto para las autoridades administrativas como jurisdiccionales. Según el tratadista Javier Tamayo Jaramillo “*Es la Ley 1437 de 2011, la que se despacha a favor del precedente obligatorio, hasta el punto de que en algunas de sus disposiciones la Ley pareciera carecer de sentido*”³⁴.

Precisado lo anterior, se impone la necesidad de transcribir las disposiciones que trajo la Ley 1437 de 2011 en torno a la obligatoriedad de las sentencias de unificación del Consejo de Estado:

“ARTÍCULO 270. SENTENCIAS DE UNIFICACIÓN JURISPRUDENCIAL. Para los efectos de este Código se tendrán como sentencias de unificación jurisprudencial las que profiera o haya proferido el Consejo de Estado por importancia jurídica o trascendencia económica o social o por necesidad de unificar o sentar jurisprudencia; las proferidas al decidir los recursos extraordinarios y las relativas al mecanismo eventual de revisión previsto en el artículo 36A de la Ley 270 de 1996, adicionado por el artículo 11 de la Ley 1285 de 2009.

ARTÍCULO 271. DECISIONES POR IMPORTANCIA JURÍDICA, TRASCENDENCIA ECONÓMICA O SOCIAL O NECESIDAD DE SENTAR JURISPRUDENCIA. Por razones de importancia jurídica, trascendencia económica o social o necesidad de sentar jurisprudencia, que ameriten la expedición de una sentencia de unificación jurisprudencial, el Consejo de Estado podrá asumir conocimiento de los asuntos pendientes de fallo, de oficio o a solicitud de parte, o por remisión de las secciones o subsecciones o de los tribunales, o a petición del Ministerio Público.

³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1564 (12, julio, 2012). Código General del Proceso. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2012. no. 48.489.

³² COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1395 (12, julio, 2010). Por la cual se adoptan medidas en materia de descongestión judicial. Diario Oficial. Bogotá, D.C., 2010. no. 47.768.

³³ En adelante se hará referencia a dicho estatuto con la abreviatura “CPACA”.

³⁴ TAMAYO JARAMILLO, Javier; La decisión judicial. Tomo II. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2011. P. 1799.

En estos casos corresponde a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictar sentencias de unificación jurisprudencial sobre los asuntos que provengan de las secciones. Las secciones de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado dictarán sentencias de unificación en esos mismos eventos en relación con los asuntos que provengan de las subsecciones de la corporación o de los tribunales, según el caso.

Para asumir el trámite a solicitud de parte, la petición deberá formularse mediante una exposición sobre las circunstancias que imponen el conocimiento del proceso y las razones que determinan la importancia jurídica o trascendencia económica o social o a necesidad de unificar o sentar jurisprudencia.

Los procesos susceptibles de este mecanismo que se tramiten ante los tribunales administrativos deben ser de única o de segunda instancia. En este caso, la solicitud que eleve una de las partes o el Ministerio Público para que el Consejo de Estado asuma el conocimiento del proceso no suspenderá su trámite, salvo que el Consejo de Estado adopte dicha decisión.

La instancia competente decidirá si avoca o no el conocimiento del asunto, mediante auto no susceptible de recursos.”

Estas explican qué ha de entenderse por sentencia de unificación del Consejo de Estado (precedente vinculante), concepto que trae como novedad el nuevo código y cuya observancia incumbe no solo a los jueces, sino también a la Administración, para quienes es obligatorio en la medida que exista identidad de supuestos fácticos y jurídicos³⁵. Se concluye que en la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el CPACA, son sentencias de unificación, las que se profieran:

- Por importancia jurídica
- Por trascendencia económica y social
- Por necesidad de sentar o unificar jurisprudencia
- Al decidir cualquiera de los recursos extraordinarios previstos (revisión y unificación)
- Las relativas al mecanismo eventual de revisión

El Legislador de la 1437 de 2011 se preocupó por indicar no solo un concepto de lo que es una sentencia de unificación, sino que además previó una serie de mecanismos judiciales y administrativos para efectivizar la Justicia en términos de acceso e igualdad. Por ello, estableció un procedimiento que se surte ante la Administración, denominado “*Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades*” (artículos 102 y siguientes del CPACA), en la que el solicitante pide de esta la aplicación

³⁵ Se aclara que la obligatoriedad de dichas sentencias para los jueces es “relativa”, pues tal como lo ha enseñado la Corte Constitucional, se garantiza la independencia de los operadores judiciales al permitirles apartarse del rumbo jurisprudencial trazado por las Altas Cortes, pero con la carga argumentativa de explicar por qué lo hacen, a fin de salvaguardar la seguridad jurídica a los administrados y sin que ello impida la posibilidad de que estos últimos empleen los instrumentos legales en procura de la revocación de una providencia que se aparte del precedente judicial.

de una sentencia de unificación del Consejo de Estado, por considerar que su situación se aviene a los supuestos fácticos y jurídicos de la sentencia a la que alude, por lo que en tales condiciones la Administración DEBE extender los efectos de dicha providencia. En otras palabras, se convierte en una “camisa de fuerza” para la Administración la extensión de los efectos de una sentencia, en casos con analogía fáctica y jurídica, por tratarse de una sentencia de las que la Corte Constitucional denominó en su cimentada doctrina de precedentes “SU”.

Y por el otro, puso a disposición del usuario de la Administración de Justicia –es decir, en sede jurisdiccional: a) un procedimiento especial y expedito ante el H. Consejo de Estado, que denominó “*Procedimiento para la extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros*”, en el que el interesado, a quien la Administración le niega la extensión de la jurisprudencia o guarda silencio ante ella, pide del máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo la extensión de la jurisprudencia de unificación que invoca y b) un recurso extraordinario, llamado “*De unificación de jurisprudencia*” (artículos 256 a 268 CPACA), el cual puede ser impetrado por quien considere que el juez de su causa se apartó del precedente sentado por el Consejo de Estado en una sentencia “SU” para su caso.

Es pertinente indicar que la Corte Constitucional en sentencia C-816 de 1º de noviembre de 2011 con ponencia del doctor Mauricio González Cuervo, al examinar la constitucionalidad del artículo 102 (incisos 1º y 7º) del CPACA, los declaró exequibles condicionadamente, “*entendiéndose que las autoridades, al extender los efectos de las sentencias de unificación jurisprudencial dictadas por el Consejo de Estado e interpretar las normas constitucionales base de sus decisiones, deben observar con preferencia los precedentes de la Corte Constitucional que interpreten las normas constitucionales aplicables a la resolución de los asuntos de su competencia*”. Significa lo anterior, que la Corte encontró ajustado a la Carta la obligatoriedad de las sentencias de unificación del Consejo de Estado, pero la limitó al señalar que sus providencias debían ser observadas con preferencia; o sea, el valor de su jurisprudencia está por encima de la que profiere el Consejo de Estado como juez de legalidad. Así las cosas, en el caso de que una sentencia de unificación del Consejo de Estado se contraponga a lo decidido por la Corte Constitucional, se debe preferir la jurisprudencia sentada por esta última, lo que indudablemente reduce las posibilidades de los famosos “choques de trenes”.

Por otra parte, se advierte que si bien el Legislador de la 1437 de 2011 previó herramientas para efectivizar el valor de la jurisprudencia unificada del Consejo de Estado, en dicha normativa solo se hace referencia a “sentencias”, con lo cual excluye a los “autos” en los que el H. Consejo de Estado pueda unificar criterios frente a determinados asuntos, como lo ha hecho en el pretérito, como por ejemplo en el auto analizado en capítulo anterior, en el que se unificó la postura en torno a quién correspondía asumir el conocimiento de los procesos en los que se discutiera la legalidad de las sanciones disciplinarias impuestas por autoridades del orden nacional que implicaran retiro temporal o definitivo del servicio. Así las cosas, dentro de su libertad de configuración el Legislador excluyó las decisiones unificadas del Consejo de Estado dictadas a través de autos, de manera que quien considere -por mencionar hipotéticamente un caso-, que un juez adoptó una decisión contraria a un asunto cuya postura fue unificada por el Consejo de Estado en un auto, no podrá atacar esa decisión por vía de recurso extraordinario de extensión de jurisprudencia

y ello se justifica en que generalmente las decisiones allí tomadas conciernen a asuntos no de derecho sustancial, sino de orden procesal. Empero, aunque así esté redactada la norma, al menos las autoridades judiciales no podrán desconocerlas, so pretexto de no tener carácter de precedente vinculante, ya que si antes de la expedición del CPACA lo eran, con mayor razón lo son ahora en vigencia del nuevo estatuto procesal, comoquiera que la igualdad y la seguridad jurídica son aspectos transversales en el nuevo ordenamiento, de lo cual dan cuenta los artículos 10, 102, 269, 270 y 271 del CPACA, entre otros. Además, ya desde la Ley 270 de 1996 (art. 37), con las modificaciones introducidas por la Ley 1285 de 2009 «*La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales: (...) 5. Resolver los asuntos que le remitan las Secciones, por su importancia jurídica o trascendencia social si por estimar fundado el motivo resuelve asumir competencia (...) 6. Conocer de los procesos que le remitan las secciones para cambiar o reformar las jurisprudencia de la Corporación*». Así las cosas, desde hace más de una década el Consejo de Estado se encuentra habilitado para proferir providencias donde unifica su jurisprudencia, sin importar si se trata de asuntos sustanciales o meramente procesales y aunque para estos últimos sea improcedente emplear los instrumentos novedosos que incorporó la Ley 1437, en todo caso la tutela seguirá siendo un buen mecanismo para hacerlos exigibles.

Finalmente –y para cerrar este punto-, se advierte desde ya que grandes esfuerzos debe asumir la Jurisdicción para difundir sus decisiones unificadas, de manera que cualquier persona pueda acceder a esas providencias, en aras de que puedan efectivizar sus derechos sustanciales. Sobre los medios electrónicos en la Ley 1437, en las memorias del seminario de presentación del CPACA, se dijo:

“Como bien se hizo explícito desde la exposición de motivos con la que en su momento fue presentado el proyecto de Código Contencioso Administrativo ante el Congreso de la República, aunque el uso de medios tecnológicos ya se había introducido y hecho general en ciertos ámbitos de la Administración Pública, la intención legislativa al expedir el nuevo Código fue la de permitir hacia el futuro explotar adecuadamente los avances tecnológicos y las posibilidades que ofrecen las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Lo anterior con el objeto de modernizar y racionalizar tanto el funcionamiento interno de la administración pública y sus relaciones con los administrados, como el procedimiento judicial contencioso administrativo, y encontrar mecanismos de acercamiento entre los ciudadanos y las autoridades que respondan al criterio expansivo del principio de participación democrática³⁶.”

3.2 Propuesta. Modulación de los efectos temporales de las providencias de unificación del Consejo de Estado en Colombia.

Se retoma lo expuesto en capítulos anteriores y se propone la modulación de los efectos temporales de las “providencias” de unificación del Consejo de Estado como juez de legalidad, con un interés especial en que cuando esas decisiones impliquen cambios de

³⁶ SEMINARIO INTERNACIONAL DE PRESENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (1: 1-3, febrero, 2011: Bogotá, Colombia). Memorias. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011. p. 245.

orden procesal, sean morigerados sus efectos, teniendo en cuenta el impacto que estas puedan tener en los derechos de los usuarios de la administración de justicia. Ello encuentra su justificación, en que si no hay criterios unificados en torno a un aspecto concreto y solo con la providencia de unificación viene a fijarse uno, es sensato plantear la posibilidad de modular efectos, a fin de reducir traumatismos, incluso para el propio operador judicial.

Los retos que asume el Consejo de Estado con esta potestad de unificación, ya provista de instrumentos para su exigibilidad, es una labor en la que este debe ponderar incluso, el impacto que esta va a generar en la sociedad. Se agrega a lo anterior, que la propuesta se orienta por principios como la seguridad jurídica, celeridad, igualdad y acceso a la Administración, que enfila sus esfuerzos a proteger los derechos del usuario de la Administración de Justicia.

Conclusiones.

En definitiva el Consejo de Estado ha dado muestras de cómo en ejercicio de funciones de juez de legalidad es posible modular los efectos de sus providencias y las ventajas que de ello se derivan, como por ejemplo, que tratándose de asuntos de orden procesal las actuaciones en curso continúen y las que se inicien con posterioridad a la ejecutoria de la providencia de unificación, deban ajustarse al nuevo criterio, lo que sin duda reduce a su mínima expresión, el impacto en los usuarios de la Administración de Justicia. Asimismo, se colige que aunque la Ley 1437 de 2011 se refiera a la unificación de “sentencias” y haya previsto varias herramientas para asegurar su obligatoriedad, los autos que profiera el Consejo de Estado en los que unifique criterios no tienen menos valor, la diferencia radicará en que si no son observados, no podrá exigirse su obligatoriedad a través de peticiones de extensión de jurisprudencia o del recurso extraordinario de unificación, pero la tutela, siempre será un mecanismo eficaz para la protección de derechos como el debido proceso, igualdad y seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA.

BERNAL PULIDO, Carlos. El Derecho de los derechos. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005. 419 p.

_____. El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2009. 397 p.

FALCÓN, José María y Tella. La jurisprudencia en los derechos romano, anglosajón y continental. Madrid: Marcial Pons, 2010. 220 p.

LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo. El derecho de los jueces. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2006. 366 p.

OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. Fuentes del Derecho. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2010. 420 p.

SEMINARIO INTERNACIONAL DE PRESENTACIÓN DEL NUEVO CÓDIGO ADMINISTRATIVO Y DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. (1: 1-3, febrero, 2011: Bogotá, Colombia). Memorias. Bogotá: Imprenta Nacional, 2011. 534 p.

SOLANO GONZÁLEZ, Edgar. La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, En: CEPEDA, Manuel José, MONTEALEGRE LYNETT, Eduardo y JULIO ESTRADA, Alexei. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. 523-613. p.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. La decisión judicial, Tomo II. Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké, 2011. 2186 p.

REPÚBLICA DE COLOMBIA, Presidencia. Presidente de los Estados Unidos de Colombia [en línea]. Consultado en: <<http://web.presidencia.gov.co/asiescolombia/presidentes/27.htm>>. [Consulta de 17 de septiembre de 2012].

REPÚBLICA DE COLOMBIA. ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política de Colombia. Bogotá: Legis, 2008. 446 p.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 61 de 1886. Bogotá: diario oficial, 5 de diciembre de 1886.

_____. Ley 153 de 1887. Bogotá: diario oficial, 28 de agosto de 1887.

_____. Ley 169 de 1896. Bogotá: diario oficial, 31 de diciembre de 1896.

_____. Ley 270 de 1996. Bogotá: diario oficial, 15 de marzo de 1996.

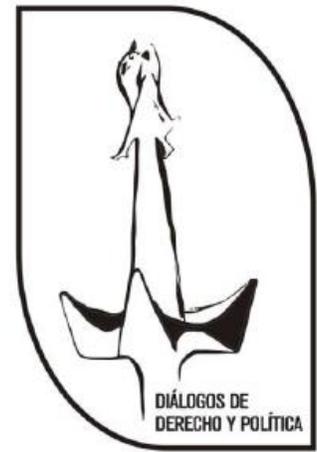
_____. Ley 1395 de 2010. Bogotá: diario oficial, 12 de julio de 2010.

_____. Ley 1437 de 2011. Bogotá: diario oficial, 18 de enero de 2011.

_____. Ley 1564 de 2012. Bogotá: diario oficial, 12 de julio de 2012.

_____. CONSEJO DE ESTADO. Sentencia de importancia jurídica de 27 de marzo de 2007. Bogotá: Legis, 2007.

- _____. Auto de 4 de agosto de 2010. Bogotá: Legis, 2010.
- _____. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-104 de 1993. Bogotá: Legis, 1993
- _____. Sentencia C-131 de 1993. Bogotá: Legis, 1993
- _____. Sentencia C-083 de 1995. Bogotá: Legis, 1995
- _____. Sentencia T-123 de 1995. Bogotá: Legis, 1995
- _____. Sentencia T-260 de 1995. Bogotá: Legis, 1995
- _____. Sentencia C-037 de 1996. Bogotá: Legis, 1996
- _____. Sentencia SU- 640 de 1998. Bogotá: Legis, 1998.
- _____. Sentencia SU-047 de 1999. Bogotá: Legis, 1999
- _____. Sentencia C-737 de 2001. Bogotá: Legis, 2001.
- _____. Sentencia C-836 de 2001. Bogotá: Legis, 2001.
- _____. Sentencia C-816 de 2011. Bogotá: Legis, 2011.



Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes.¹

Kamila Jaramillo Campo

Abogada de la Universidad Eafit.
Especialista en Seguridad Social.
Especialista en Derecho Procesal Penal.

¹ Artículo realizado para optar al título de Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

La disposición que regula la pensión de sobrevivientes es, en general, la vigente al momento del fallecimiento del causante, pero, ante el cambio normativo que va del Acuerdo 049 de 1990 –aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad– a la Ley 100 de 1993, y cuando el causante ha aportado el número mínimo de semanas exigido en la norma anterior, existen situaciones especiales en las que, con la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, no se puede negar la prestación a sus beneficiarios, bajo el argumento de preservar la sostenibilidad financiera del sistema, pues al quedar reunidas las condiciones de la primera norma, el causante ha satisfecho las exigencias de tipo financiero de modo tal que garantiza el soporte económico necesario para conceder dicho derecho pensional.

Palabras Clave: Gasto público social, pensión de sobrevivientes, principio de condición más beneficiosa, principio de sostenibilidad financiera, seguridad social.

Tensión entre el principio de sostenibilidad financiera y el principio de la condición más beneficiosa en la pensión de sobrevivientes.

1. Introducción.

Con el presente artículo se pretende examinar, desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, uno de los principios jurídicos de aplicación en la seguridad social de mayor resonancia en los últimos años: el principio de sostenibilidad financiera, hoy de rango constitucional y que al parecer resulta contrario a los intereses de un grupo de la población cuyos integrantes podrían tener derecho al reconocimiento y pago de la pensión con ocasión de la muerte de uno de sus familiares. Dicho principio no será tratado de manera general, sino contrastado con otro principio jurídico, el de la condición más beneficiosa, que judicialmente se ha acogido para hacer viable la pensión de sobrevivientes, cuando sus pretendientes no pueden acceder a ella directamente, por carencia de requisitos contemplados en la ley aplicable a la fecha de fallecimiento del causante, prefiriéndose las reglas de otra norma inmediatamente previa que, de seguir vigente, pudo haber consolidado el derecho.

Se analizará la contraposición que parece existir entre el principio de sostenibilidad financiera y el de la condición más beneficiosa, ambos consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, específicamente en el caso de la pensión de sobrevivientes otorgada dentro del régimen de prima media con prestación definida, en los procesos judiciales que terminaron con sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en el período comprendido entre los años 2000 a 2012, con el fin de verificar si el alto Tribunal da preferencia o no a los derechos particulares de los afiliados y sus beneficiarios, sobre las políticas económicas que buscan el equilibrio financiero del Sistema General de Pensiones, en el marco de las reglas contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, que en cuanto al principio de sostenibilidad se vio reforzado con la expedición del Acto Legislativo 03 de 2011.

2. Conceptos generales

2.1. Pensión como gasto público social.

La Constitución Política de 1991 proclama a Colombia como un Estado Social de Derecho y preconiza dentro de sus fines esenciales, los de promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en ella. Es así como el derecho a la seguridad social trascendió del vínculo laboral a un ámbito más amplio de cobertura, lo que conllevó a una participación activa del Estado, que en esa perspectiva adquiere entre sus fines el de aportar a la financiación misma del sistema, particularmente en materia pensional.

Asimismo, se ha definido jurisprudencialmente el gasto público como aquella erogación encaminada a atender las necesidades básicas insatisfechas de la población, tales como salud, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda y en general, todas aquellas que buscan el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de la población². El

² REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-221 de 2011, Magistrado Ponente LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.

Estado debe garantizar el acceso efectivo a todos los bienes y servicios básicos³, para todas las personas, haciendo énfasis en aquellas de bajos ingresos. En todo caso, dada la escasez de recursos, no se puede perder de vista el principio de la sostenibilidad fiscal, por lo que es deber de todos los órganos del Poder Público colaborar armónicamente, dentro de sus competencias, para hacerlo efectivo⁴, cuidando la debida aplicación del gasto público.

Es así como se puede deducir que la pensión forma parte de las necesidades básicas sociales, pues su función es amparar al asegurado del riesgo de cesación de ingresos económicos con la materialización de alguna de las contingencias de vejez, invalidez o muerte, que impiden la continuidad de la condición de activo en el mercado laboral; la pensión permite que el asegurado y su grupo familiar cuenten con los recursos económicos suficientes para cubrir necesidades tales como salud, alimentación, vivienda, servicios públicos domiciliarios, educación, que son considerados como gasto público social. Entonces si la persona no cuenta con el ingreso pensional, se le estaría cercenando su acceso a derechos fundamentales.

Así las cosas, la pensión es un gasto social que le corresponde atender, en cierta proporción, a la Rama Administrativa del Estado, pues es un derecho de los habitantes del territorio nacional que cumplan las condiciones legales de acceso al mismo. En ese orden de ideas, la pensión, como gasto público social, debe estar contemplado en una de las partidas del Presupuesto Nacional, pero sin perder de vista, que la capacidad presupuestal del Estado es limitada, por lo que hay que buscar un punto de equilibrio entre el derecho garantizado y el costo que ello implica.

El Estado entonces, para maximizar el bienestar de sus asociados, debe enfrentarse a la restricción presupuestal; ejemplo de ello es el artículo 48 de la Constitución Política que estableció la Seguridad Social como un servicio público esencial, además de su carácter de derecho fundamental con dimensión prestacional, en donde *“otorgó una serie de derechos explícitos, sin preguntarse por la restricción presupuestaria que enfrentaba el Estado para garantizar los derechos y prerrogativas creadas”*.⁵ Lo cierto es que, al establecer la seguridad social en esos términos, es fácil concluir que la pensión, como prestación económica encaminada a suplir necesidades básicas, en efecto, se enmarca en el concepto denominado gasto público social.

El eje central de este artículo, se centra en la contingencia de la muerte, específicamente en el evento del fallecimiento del afiliado que no dejó causados los requisitos de la ley vigente al momento de su muerte, sino que cumple los de una norma inmediatamente anterior, por medio de la cual, sus beneficiarios podrían acceder a la prestación económica pensional, poniendo eventualmente en riesgo el equilibrio financiero del sistema.

1.2 Pensión de sobrevivientes.

En principio, es necesario resaltar que la afiliación al Sistema General de Seguridad Social, con la Ley 100 de 1993 es obligatoria para aquellas personas vinculadas mediante contrato

³ REPÚBLICA DE COLOMBIA, ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE. Constitución Política. Artículo 334.

⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Acto Legislativo 03 de 2011.

⁵ CASTILLO CADENA, Fernando. Los principios de progresividad en la cobertura y sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva del análisis económico. En: Universitas. Santafé de Bogotá, Diciembre 2006, No. 112, p. 111-147

de trabajo o como servidores públicos, contratistas del Estado o al servicio del sector privado y los trabajadores independientes⁶. Por lo que la obligatoriedad nace de que las personas, en general, por su poca aversión al riesgo, o por falta de capacidad de ahorro, no se afiliarían en forma voluntaria al sistema general de pensiones, pues se tiende a considerar que en el caso de alguna contingencia que disminuya su ingreso o aumente su gasto, su familia o hasta el mismo Gobierno les brindará ayuda; y también porque está latente la idea en los jóvenes de que pensionarse es algo que no ocurrirá, o tal vez, en un futuro muy lejano, por lo que les interesa más el presente⁷. Por ello, si el Estado no cumpliera con la carga de pensionar a los que cumplieron los requisitos de ley, probablemente se presentarían en un mayor grado problemas de evasión y elusión de los aportes a la Seguridad Social.

Como se dijo, la contingencia pensional que interesa para este artículo es la de la muerte del afiliado, pues aquí es donde surge el mayor conflicto con el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al haber sido otra persona diferente a quien disfrutará de la pensión, quien cotizó durante un lapso para que sus beneficiarios vieran amparado este riesgo. Es por ello que la finalidad de la pensión de sobrevivientes, tal y como lo ha definido la Corte Constitucional, en sentencias como la C-111 de 2006, con ponencia del Doctor Rodrigo Escobar Gil es “*suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado al grupo familiar y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación*”⁸. Así, cualquier decisión administrativa, legislativa o judicial que desconozca esa realidad, puede llevar a los beneficiarios a un estado de miseria, abandono, indigencia o desprotección, desconociendo la importancia y prelación que la Constitución misma le otorgó al mínimo vital, pues con ese ingreso puede satisfacer sus necesidades básicas, además de la protección integral de la familia.

Ahora bien, para saber cuál es la norma a aplicar en una situación particular, se debe tener en cuenta la fecha de la muerte del afiliado, pues es ésta la que indica el régimen legal que gobierna el derecho a la prestación económica, para verificar si los causahabientes son o no beneficiarios de la pensión.

Por otro lado, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución Política⁹, en algunos eventos y bajo circunstancias especiales, económicas y jurídicas, generadas en la propia labor del

⁶ REPÚBLICA DE COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. Artículo 15.

⁷ MORERA HERRERA, Rodolfo. Sostenibilidad financiera del seguro de pensiones de invalidez, vejez y muerte de la Caja Costarricense de Seguro Social. Ciencias Económicas (San José, Costa Rica), Vol. 22, No. 01-02, Ene.-Dic. 2002, p. 89-112.

⁸ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C 111 de 2006, Magistrado Ponente Rodrigo Escobar Gil

⁹ “El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

El Estado garantiza el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones legales.

Los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados, hacen parte de la legislación interna.

asegurado, se debe admitir el empleo de normas anteriores a la entrada en vigencia del precepto que actualmente regula el derecho, cuando quiera que esta última norma hace imposible el acceso a la prestación pensional, y sólo en la medida que, un cambio desfavorable en las expectativas pensionales puede ser humana y jurídicamente admisible cuando medien serias circunstancias justificantes, verbigracia el interés general, ya que la regla constitucional en cita consagra principios mínimos fundamentales aplicables en materia laboral y de seguridad social, entre ellos la “*situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho*”¹⁰, conocido como el principio de condición más beneficiosa. De otra parte, también es cierto que a la aplicación del citado principio de la condición más beneficiosa se le ha venido dando una connotación propia, y desde un comienzo la Corte Suprema de Justicia marcó la diferencia de éste con el principio de favorabilidad, pues ha tenido claro que no se trata de un conflicto entre varias reglas jurídicas vigentes, reguladoras de una situación real concreta, ni tampoco de un problema de duda acerca de la interpretación de una norma, de la que es perfectamente factible derivar una más benigna que otra.

En el principio de la condición más beneficiosa se enfrenta una norma vigente con la que ella sustituye o deroga, y lo que se busca con su uso es admitir los tratamientos que se hayan obtenido en aplicación de esta última, preservando así el tratamiento más beneficioso otorgado por la norma derogada o abrogada, ejercicio jurídico que tiene plena operatividad, cuando el legislador no crea un régimen de transición.

Para que tenga aplicación el principio de la condición más beneficiosa es necesario que la norma vigente y la norma derogada tengan igual jerarquía, que la norma fuente de la aplicación de este principio sea inmediatamente anterior a la vigente y que se hayan cumplido por parte del causante, los requisitos exigidos en la norma anterior, configurándose así, la posibilidad de aplicación de este principio.

En el caso de la pensión de sobrevivientes en el régimen de prima media, con la expedición de la nueva ley se busca una mayor cantidad de cotizaciones para adquirir el derecho, a fin de que el sistema cuente con el capital necesario para el financiamiento de la pensión, es decir, que el afiliado cotice un número mínimo de semanas, mayor que el contemplado en la norma derogada, para que así sus beneficiarios se hagan acreedores a la pensión de sobrevivientes, sin necesidad de generar una crisis financiera, en donde el Estado deba entrar como garante de la deuda pensional. Empero, como ya se advirtió, estas nuevas condiciones pueden llegar a ser más gravosas que las anteriores, generando una imposibilidad fáctica para determinadas personas, dejando así desamparados a sus familiares, en tanto que, bajo la normativa anterior, sí se pudo haber dejado causado el derecho que beneficiaría a uno o varios sujetos a su cargo.

De acuerdo con lo anterior, al aumentar el número de cotizaciones requeridas, lo que se está buscando es obtener un mayor capital para financiar la pensión de aquel afiliado que fallezca, de modo que sus beneficiarios obtengan el beneficio pensional, sin necesidad de

La ley, los contratos, los acuerdos y convenios de trabajo, no pueden menoscabar la libertad, la dignidad humana ni los derechos de los trabajadores. “

10 *Ibíd.*

que el Estado entre como garante a subsidiar la mencionada prestación, situación que ocurre cuando el sistema no cuenta con el suficiente dinero para concederla.

3. Principio de sostenibilidad financiera.

3.1. Concepto.

El principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional fue elavado a rango constitucional en el artículo 48 de la Constitución Política, tal como lo ha entendido el Tribunal de Casación en materia Laboral y de la Seguridad Social¹¹ por lo que no es posible aplicar automáticamente el mandato de progresividad, pues las decisiones deben buscar que los principios coexistan y se desarrollen de manera armónica, teniendo en cuenta que se dispone de recursos limitados, que deben ser distribuidos de acuerdo con las necesidades de la población, buscando la efectividad de los derechos.

Surge de lo anterior que el principio de sostenibilidad financiera guarda coherencia con el principio de progresividad, pues salvaguarda al sistema, ya que busca blindarlo contra crisis económicas y un eventual colapso financiero. Pero bajo condiciones demográficas de aumento de la población pensionable, el Sistema General de Pensiones no es sostenible indefinidamente, necesita de cotizaciones efectivas y de recursos extras destinados por el Gobierno Nacional, para que queden garantizadas las prestaciones económicas.

Consecuentemente, en un régimen de reparto, se puede hablar de un sistema de pensiones autosostenible cuando con los aportes de los cotizantes obligatorios se pueden pagar las pensiones de los actuales pensionados, y si además con los aportes del Estado se pueden pagar los pasivos del sistema, lo que permite acumular reservas para el pago de las mesadas futuras¹².

Son las anteriores razones suficientes por las cuales la misma Constitución Política busca preservar la sostenibilidad financiera del sistema, con mandatos y reglas que ordenan armonizar los derechos de los colombianos con un Estado financieramente viable.

3.2. Marco constitucional.

El Acto Legislativo 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la Constitución Política, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones como un presupuesto esencial, de orden superior, para garantizar el derecho de todos los ciudadanos a obtener una pensión, dando prevalencia al interés general. En tal sentido se pronunció la Corte Constitucional, indicando que *“las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados.*

¹¹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral 23 de septiembre de 2008, Radicado 35229:

“... no desconoce la Sala la obligación de progresividad con que el Estado debe ofrecer la cobertura en la seguridad social, la cual como ya lo ha dilucidado la jurisprudencia constitucional, no es un principio absoluto sino que debe estar sujeto a las posibilidades que el sistema tenga de seguir ofreciendo unas prestaciones sin que se afecte la sostenibilidad financiera del sistema...”

¹² CASTILLO CADENA, Fernando, p. 111-147

Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema.”¹³

De la misma manera, el Acto Legislativo 03 de 2011 adicionó el artículo 334 de la Constitución Política, y allí reiteró la necesidad de velar por la sostenibilidad fiscal, pero sin afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales. Es importante recordar que al comienzo de este trabajo, se definió la pensión como gasto público social, por lo que esta reforma constitucional puede afectar su contenido, teniendo en cuenta que condicionó cualquier gasto público al principio de la sostenibilidad fiscal.

Por lo tanto, se puede considerar a la sostenibilidad financiera como un principio rector de todo el sistema, el cual podría afectar considerablemente los recursos para el goce efectivo de los derechos económicos, sociales y culturales. Pero también, se podría llegar a considerar que tenerlo como principio lo que pretende es garantizar este tipo de derechos en un futuro, buscando que la demanda actual de los mismos no acabe con el capital para que en las generaciones futuras los puedan disfrutar.

Así las cosas, se puede llegar a la conclusión de que la sostenibilidad financiera, más que un principio, es un criterio orientador del sistema pensional, sin perder de vista su rango constitucional de principio, que entraría en una posible contraposición con otros principios del sistema, como sería el caso de la condición más beneficiosa, pues se le estaría pagando a una persona una pensión a la cual el causante no cotizó lo suficiente para dejarla causada bajo la ley vigente al momento de su muerte, o si lo miramos desde la primera perspectiva, es decir, como criterio orientador, equivaldría a garantizar la prestación a los beneficiarios, pero sin perder de vista la importancia de preservar los recursos pensionales.

3.3. Marco jurisprudencial.

Ahora bien, el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se fundamenta no solo en lo señalado en el artículo 53 de la Constitución Política, con la premisa de la condición más beneficiosa, sino también en los principios rectores de la seguridad social como son la eficiencia, la integralidad, la universalidad y la solidaridad¹⁴.

Frente al Acto Legislativo 01 de 2005, el alto Tribunal ha dicho que si el afiliado, en vida, antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 reunió los requisitos consagrados en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, ya contribuyó financieramente de manera suficiente al sistema para acceder a la prestación económica bajo la ocurrencia de alguna de las contingencias, es decir, como cotizó con el número mínimo de semanas allí exigidas, no se le puede privar de su derecho, pues no se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema¹⁵.

Así las cosas, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha venido privilegiando el derecho a la pensión de sobrevivientes que tienen los beneficiarios del afiliado, sobre la

¹³ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia C-242 de 2009. Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo.

¹⁴ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Radicado 37.294 del 3 de febrero de 2010, MP Luis Javier Osorio López

¹⁵ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Sentencia 33.033 del 20 de mayo de 2008 Magistrado Ponente Isaura Vargas Díaz

sostenibilidad financiera del sistema, pues considera que si el causante completó los requisitos exigidos en la norma anterior, no hay lugar para decir que no se cuenta con el dinero suficiente para subsidiar esa pensión.

4. Principio de la condición más benefiosa.

4.1. Concepto.

La condición más benefiosa es la institución jurídica por la cual, frente a una sucesión normativa, una norma derogada del ordenamiento jurídico recobra vigencia para producir efectos jurídicos en una situación concreta.

Ahora, debe precisarse que dicho principio está sujeto a la concurrencia de una serie de requisitos o presupuestos, siendo el primero de ellos que se presente una sucesión normativa, es decir, que haya un tránsito legislativo y que esas varias normas hayan sido aplicables al afiliado durante su vinculación al sistema de pensiones. Pero además, es obligatorio que, bajo el imperio de la norma de la cual se depreca su aplicación, se hayan logrado concretar los presupuestos para dejar causado el derecho reclamado.

El autor Américo Plá Rodríguez, define la regla de la condición más benefiosa como aquel elemento del principio protector –característico del derecho social– que supone la existencia de una situación concreta anteriormente reconocida y determina que ésta debe ser respetada en la medida que sea más favorable al trabajador, que la norma que ha de aplicarse¹⁶.

Es importante resaltar que este principio no está consagrado de manera clara y expresa en ley alguna, sino que muchas veces se deduce de la consagración de los regímenes de transición estatuidos en las leyes, buscando mantener los aspectos favorables de la norma anterior.

Es más, al remitirse a los acuerdos vinculantes de índole internacional que regulan el Derecho del Trabajo, incorporados al ordenamiento jurídico colombiano a través de la ratificación de esos instrumentos en los términos de los artículos 53, 93 y 94 de la Carta Política, y que pasan a integrar el bloque de constitucionalidad, es dable destacar que los mandatos de la Organización Internacional del Trabajo, OIT, no se oponen a la aplicación de la condición más benefiosa y por el contrario son compatibles con ella, al señalar en el artículo 19-8 de la Constitución de la OIT que *“En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación”*¹⁷.

Entonces, queda evidenciado que con la expedición de una nueva ley, no se pueden cercenar los derechos de cierto grupo de la población, porque con las exigencias nuevas, el acceso a los derechos prestacionales se hace más gravoso para cierto grupo de la población,

¹⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires: Depalma 1990.

¹⁷ Mírese también el artículo 30 del Convenio 128 de la OIT, referente a las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes, que señala: “Artículo 30. La legislación nacional deberá, bajo condiciones prescritas, prever la conservación de los derechos en curso de adquisición respecto de las prestaciones contributivas de invalidez, vejez y sobrevivientes”.

que bajo la normativa anterior tendrían el acceso inmediato al derecho económico invocado.

4.2. Marco Constitucional.

La Constitución Política de 1991, en el artículo 53 establece los principios mínimos fundamentales que debe contener el Estatuto del Trabajo, a saber: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil; proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; **situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho**; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

Por lo que, la condición más beneficiosa está consagrada indirectamente en la Constitución Política, indicando que se debe aplicar la norma más favorable al trabajador, principio que por ser propio de las relaciones laborales, también se pueden aplicar a la seguridad social, y en especial, al sistema pensional, por cuanto de él depende el goce y disfrute de otros derechos, tales como el mínimo vital, la salud y la vida en condiciones dignas, para mencionar algunos, pues el artículo 272 de la Ley 100 de 1993, establece que *“los principios mínimos fundamentales consagrados en el artículo 53 de la Constitución política tendrán plena validez y eficacia”*.

Pero al no encontrarse expresamente positivado en dispositivo constitucional o legal alguno, se hace necesario el desarrollo jurisprudencial, y para que sea la Rama Judicial la que indique cuál es la forma de entender el principio de la condición más beneficiosa y cómo procede la aplicación del mismo a los casos particulares, indicando con precisión bajo cuales supuestos se permite aplicar una norma ya derogada, siempre que su aplicación preserve las necesidades básicas de aquellas personas que, en vida del causante, dependían económica y afectivamente de él.

4.3. Marco Jurisprudencial.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido las condiciones en las cuales es posible la aplicación del instituto de la condición más beneficiosa, dejando por fuera del campo de su aplicación aquellos casos que ocurrieron con posterioridad al 29 de enero de 2003, fecha de entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, al determinar que el efecto de la ley laboral es su aplicación inmediata, una vez es aprobada y promulgada por el Congreso.

El criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que hasta el momento se mantiene esencialmente invariable¹⁸, en lo que respecta a la aplicación de la condición más beneficiosa en materia de pensiones de sobrevivientes, consiste en que cuando se trata de la

¹⁸ Ver entre otras Sentencias de la REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral: Radicado. 28893 del 4 de diciembre de 2006. Magistrado Ponente Eduardo López Villegas, Radicado 29629 del 4 de septiembre de 2007 Magistrado Ponente: Isaura Vargas Díaz, Radicado 32642 del 25 de enero de 2008 Magistrado Ponente Elsy Del Pilar Cuello Calderón, Radicado 37758 del 13 de abril de 2010. Magistrado Ponente: Luis Javier Osorio López, Radicado 38915 del 26 de octubre de 2010 Magistrado Ponente: Eduardo López Villegas

muerte de un afiliado que antes del 1° de abril de 1994 dejó cotizadas más de 300 semanas, y fallece en vigencia del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, sin haber cotizado 26 semanas dentro del último año anterior a su deceso, en aplicación de esta institución, sus beneficiarios, tienen derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. De igual manera, el artículo 6 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, plantea otra posibilidad de acceder a este beneficio y consiste en que si bajo los mismos supuestos, no se acredita esa densidad de cotizaciones, los familiares sólo accederán al derecho a la pensión de sobrevivientes, cuando el fallecido hubiere aportado no sólo 150 semanas dentro de los 6 años anteriores al 1° de abril de 1994, sino además, 150 semanas en los seis años que anteceden a la fecha de la muerte, bajo el entendido de que este periodo no puede extenderse más allá del sexto año de vigencia de la Ley 100 de 1993 en materia pensional, es decir hasta el 01 de abril de 2000¹⁹.

De acuerdo con la posición de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el causante debió de cotizar cierto número de semanas, en un período de tiempo determinado, para que sus beneficiarios puedan acceder a la pensión con la norma anterior, esto es, el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. Por lo que con este criterio, y las condiciones impuestas jurisprudencialmente, se puede llegar a decir que también se está preservando la sostenibilidad financiera del sistema pensional, pues no se trata de una aplicación indiscriminada del principio tuitivo, sino de su imposición favorable a aquellos sujetos que cuentan con el número de semanas exigidos, y por ende con cotizaciones que ya financiaron la pensión, que podrían disfrutar sus posibles beneficiarios.

Por lo que la jurisprudencia de esa manera reafirma la obligación del Estado de respetar aquellos requisitos que ya fueron satisfechos por una persona, con el fin de obtener su derecho pensional, que se encuentra pendiente de una condición posterior²⁰.

Reflexiones finales.

A modo de conclusión, tenemos que la sostenibilidad fiscal es un requisito para garantizar la prestación de los derechos económicos, sociales y culturales que son parte esencial de la cláusula constitucional de Estado Social de Derecho y que ese principio, hoy parte del Estatuto Fundamental colombiano, garantiza la progresividad en la atención del conjunto de los derechos, teniendo como parámetro de gestión la disponibilidad de recursos destinados para ello, con fundamento superior en la prevalencia del interés general y atendiendo las prioridades de gasto de acuerdo con las disposiciones constitucionales tal y como lo prevé, por ejemplo, el artículo 350 de la Constitución Política.

Se puede decir que la sostenibilidad financiera es un criterio orientador sobre el cual se soporta la plena realización de los derechos de las personas dentro de un Estado Social de Derecho, teniendo en cuenta el hecho esencial de que toda sociedad dispone de una cantidad limitada de recursos con los cuales debe atender múltiples necesidades de las personas.

¹⁹ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Radicado 17.410 del 8 de marzo de 2002, Magistrado Ponente Isaura Vargas Díaz

²⁰ REPÚBLICA DE COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Laboral, Radicado 41.695 del 2 de mayo de 2012 Magistrado Ponente Carlos Ernesto Molina Monsalve

En ese sentido, parecería lógico que la sostenibilidad financiera es una garantía de un mejor reparto de los recursos económicos que deben entregarse para la atención de necesidades sociales, tales como las derivadas –para el objeto de este artículo– del fallecimiento del afiliado que deja cumplidos requisitos en un tiempo anterior al de vigencia de la norma aplicable a la fecha de su óbito. Por lo tanto, la aplicación del principio de condición más beneficiosa solo puede entenderse viable cuando esté demostrado, sin lugar a equívoco, que el sistema tiene los recursos debidamente fondeados para pagar la pensión solicitada, pues de lo contrario se estaría desgastando el fondo común que es característica central del régimen de prima media con prestación definida.

Tal y como lo dijo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Radicado 41.695 del 2 de mayo de 2012, se puede afirmar que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005 de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, deben asegurar la sostenibilidad financiera del sistema, “... *más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas.*”

De esa suerte, la aplicación del principio de condición más beneficiosa, tal y como lo ha definido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entra a proteger a quienes, con la expedición de la nueva norma –Ley 100 de 1993–ven agravada su situación para acceder a la pensión, ya teniendo causada una situación fáctica y jurídica concreta, por haber cumplido el asegurado con las semanas que exigía la ley derogada, que en el caso en particular es el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Es decir, en el evento que no existiera este principio, se haría más difícil la situación de los beneficiarios, con un motivo no relevante desde el punto de vista constitucional, como lo es el hecho de que deba acreditar mayores requisitos por la expedición de la nueva ley, sin los cuales no puede ser beneficiario de la pensión de sobrevivientes, a pesar de que el causante ya dejó satisfecho el número de semanas antes exigido.

BIBLIOGRAFÍA.

CASTILLO CADENA, Fernando. Los principios de progresividad en la cobertura y sostenibilidad financiera de la seguridad social en el derecho constitucional: una perspectiva del análisis económico. Santafé de Bogotá: Universitas, 2006.

GARCÍA VILLEGAS, Mauricio, Derechos sociales y necesidades políticas. La eficacia judicial de los derechos sociales en el constitucionalismo colombiano. Bogotá: El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Análisis Sociojurídico, t. 1, Siglo del Hombre, 2001.

MORERA HERRERA, Rodolfo Sostenibilidad financiera del seguro de pensiones de invalidez, vejez y muerte de la caja costarricense de seguro social. San José de Costa Rica: Ciencias Económicas, Vol. 22, No. 01-02, 2002.

PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo. Buenos Aires: Depalma, 1990.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Asamblea Nacional Constituyente. Constitución Política De Colombia. Segunda edición. Medellín: Biblioteca jurídica Diké, 2000.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Congreso de la República, Acto legislativo 01 de 2005.

_____. Acto legislativo 03 de 2011.

_____. Ley 100 (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 1993. No. 41.148.

_____. Ley 797 (29, enero, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. Diario Oficial. Bogotá. 2003. No. 45.079.

_____. Ley 860 (26, diciembre, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 2003. No. 45.415.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

REPUBLICA DE COLOMBIA. Presidencia de la Republica Colombiana, Decreto

Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-181 (8, marzo, 2006). M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

_____. Sentencia C-472 (14, junio, 2006). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia C-740 (30, agosto, 2006). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

_____. Sentencia C-895 (02, diciembre, 2009). M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

_____. Sentencia C-221 (29, marzo, 2011). M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL.
Expediente 15.667. Sentencia (05, septiembre, 2001). M.P. Fernando Vásquez Botero.

_____. Expediente 17.428. Sentencia (07, mayo, 2002). M.P. Carlos Isaac Nader.

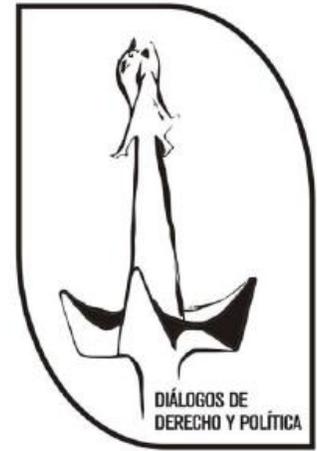
_____. Expediente 28.503. Sentencia (21, septiembre, 2006). M.P. Luis Javier Osorio López.

_____. Expediente 29.179. Sentencia (14, noviembre, 2006). M.P. Luis Javier Osorio López.

_____. Expediente 29.620. Sentencia (21, febrero, 2007). M.P. Luis Javier Osorio López.

_____. Expediente 30.851. Sentencia (09, julio, 2008). M.P. Luis Javier Osorio López.

_____. Expediente 35.129. Sentencia (16, marzo, 2009). M.P. José Gnecco Mendoza – Luis Javier Osorio López.



Aciertos y desaciertos normativos del sistema de riesgos laborales de los trabajadores independientes en Colombia.¹

Ingrid Clemencia Gómez Peñaloza

Abogada egresada de la Universidad Industrial de Santander,
Especialista en derecho Privado de la Universidad de Antioquia,
ex empleada Rama Judicial, litigante y actual abogada de vía gubernativa en la
Regional Antioquia del SENA.

¹ Artículo elaborado para optar el título de Especialista en Derecho de la Seguridad Social de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

El creciente número de trabajadores independientes merece la implementación normativa que asegure las contingencias propias del sistema de riesgos laborales y que materialice los principios de la seguridad social, pues históricamente se ha dejado como voluntario de las partes que pactan contratos de prestación de servicios, aquel aseguramiento en perjuicio no solo del trabajador sino de las familias dependientes de aquel.

La normativa reciente aunque ha generado el engrosamiento de la base de cotizantes en el sistema de riesgos laborales, no ha cumplido el cometido de prestar el aseguramiento de los trabajadores independientes e informales que carecen de contratos formales para obtener la afiliación que traslade la responsabilidad frente al riesgo creado por la prestación de un servicio.

Se sintetiza de esta forma, el aseguramiento que en el sistema de riesgos laborales ha tenido el trabajador independiente, la evolución normativa, el alcance de los principios constituciones de la seguridad social y las carencias de protección que actualmente mantiene este grupo cada vez mayor de trabajadores.

Palabras Clave: Trabajador independiente, contratistas, afiliación, cotización, contrato formal de prestación de servicios, riesgos laborales.

Aciertos y desaciertos normativos del sistema de riesgos laborales de los trabajadores independientes en Colombia

“Sorprendernos por algo, es el primer paso de la mente hacia el descubrimiento.”

Louis Pasteur.

Introducción.

Por los artículos 48 y 365 Superiores, la seguridad social se caracteriza por ser un derecho irrenunciable y un servicio público obligatorio, cuya prestación corresponde al Estado, permitiéndose también ser prestado por particulares bajo la regulación estatal. De igual forma, debe el Estado garantizar una protección especial al trabajo en sus distintas modalidades como lo ordena el artículo 25 de la C.N. (Constitución Nacional), y de esta forma entrar a facilitar las condiciones para que las relaciones laborales se desenvuelvan en condiciones dignas y justas.

Luego se observa que, tanto para los trabajadores dependientes como los independientes o contratistas y aún para los trabajadores informales, el Estado en aplicación del bloque de constitucionalidad directa del artículo 93 Superior, debe garantizar unos principios mínimos en materia de trabajo, como la igualdad de oportunidades, irrenunciabilidad de los derechos mínimos laborales y primacía de realidad sobre las formas entre otros, así como ser garantista de los principios de la seguridad social como el de la universalidad y progresividad, no solo para un grupo cada vez más pequeño de trabajadores como los vinculados mediante un contrato laboral, sino para el creciente grupo poblacional de trabajadores independientes, contratistas y el más voluminoso de trabajadores informales.

Bajo el anterior entendido, se tiene que el Sistema de Riesgos Profesionales (hoy Riesgos Laborales a partir de la Ley 1562 de 2012), como integrante del Sistema General de Seguridad Social, tiene por fines garantizar que, ante las circunstancias de riesgos que pueden generarse con causa o con ocasión del trabajo, a todos los trabajadores (ya sean dependientes o independientes), a quienes les surja las contingencias de accidente y enfermedad laboral, puedan mantener el nivel de ingresos y el de sus familias, de modo que continúen llevando una vida digna y de calidad, sin que se afecte su mínimo vital.

Todo lo anterior, bajo el panorama por el cual la labor realizada por los trabajadores independientes y contratistas rompe drásticamente con el esquema de responsabilidad objetiva en cabeza del empleador, así como de la reparación de perjuicios que encierra la teoría del riesgo, toda vez que en dicha persona, confluyen las dos calidades: la de trabajador y la de patrono o empleador; asumiendo de esta manera, por su cuenta y riesgo, las eventualidades y contingencias, que se pudieren presentar, tales como, enfermedades profesionales, muerte e invalidez en el trabajo, y es justo acá, frente a dicho incremento en responsabilidad para el trabajador independiente, que se hace necesario un robusto sistema de riesgos laborales que le asegure el cubrimiento de dichas contingencias.

Las tasas estadísticas oficiales de desempleo históricamente han mostrado que la población que carece de empleo en el campo de la economía formal, ha pasado a ubicarse en la informalidad o han mutado a prestar sus servicios por su propia cuenta, ya como trabajador

informal, independientes o contratistas; ello en razón a las situaciones propias de la economía colombiana que no ofrece unas políticas claras de creación de puestos de trabajo, ni estabilidad en el empleo.

Este creciente grupo poblacional de trabajadores independientes, contratistas e incluso los informales, en la mayoría de los casos, carece de la educación profesional suficiente para prevenir los posibles riesgos que se presentan en los sitios en los cuales prestan sus servicios, y en muchos casos no cuentan, con la solvencia suficiente para trasladar dicho riesgo a las Aseguradoras de Riesgos Laborales - ARL, mediante el pago de una cotización, para buscar de esta forma, asegurarse frente a las contingencias que puedan surgir en el trabajo, tales como enfermedades profesionales, invalidez o muerte. Y a muchos que conocen la importancia del aseguramiento en riesgos profesionales, no le es permitido, por carecer de las formalidades propias que exigen las ARL y de esta manera se les impide su afiliación.

Por su parte, el órgano legislativo, aun cuando ha abordado el tema de los Riesgos Laborales de los trabajadores independientes, lo ha hecho de una forma tardía, pues la primera normatividad que abordó la problemática fue el Decreto 1295 de 1995, y en esta se le restó importancia al tema de la afiliación, pues erigió como voluntario el acto de la afiliación, el cual es protector de las contingencias futuras y sobrevivientes de la actividad laboral, sin generar el camino que les permitiera mayor protección a los trabajadores independientes en materia de riesgos laborales. Y de esta forma el tema ha sido pacífico y no ha tenido mayor desarrollo legal ni jurisprudencial, en la medida que, la mayor parte de la población que presta sus servicios de esta forma, por la búsqueda de mayores ingresos ven en el pago de la cotización al sistema de Riesgos Profesionales, la consecuente obligación de cotizar para el Sistema General de Seguridad Social en salud y pensiones, razones por las cuales, en el imaginario de este grupo poblacional, ha sido entendida la cotización para el sistema de Riesgos laborales como una carga que no reporta ningún beneficio, aceptando así, que esta cotización sea a voluntad, sin percatarse de la aparición de posibles accidentes de trabajo, enfermedades profesionales o incluso la muerte durante la prestación de su servicio.

Bajo estos pocos desarrollos normativos, surge la última normatividad que rige el tema de los Riesgos Laborales de los trabajadores independientes (Ley 1562 de 2012), por la cual se hizo alusión a conceptos como: trabajador dependiente, trabajador independiente, contratista, contrato formal, escrito y verbal, haciéndose así necesaria la aclaración de dichos conceptos, a más de los arriba relacionados como culpa objetiva y teoría del riesgo, todo ello con el fin de conocer el contexto, alcances e implicaciones que para esta población de trabajadores independientes, les trae esta nueva normatividad.

Una vez aclarado lo anterior, es importante conocer la evolución normativa del tema de los Riesgos Laborales que asumen los trabajadores independientes, no solo por representar cada vez más un número importante en la economía del país, sino para conocer cuáles han sido las fallas normativas y comprender si las actuales legislaciones (Ley 1562 de 2012 y Decreto 723 de 2013), cumplen con los cometidos constitucionales e internacionales arriba planteados.

De esta forma se realiza el abordaje normativo del Decreto 1295 de 1994, el Decreto 1772 de 1994, la llegada al Acuerdo 005 de 2001 expedido por el Ministerio del Trabajo y la

Seguridad Social. Conocer a su vez, los aportes que en la materia realizaron los Decretos 2800 de 2003, 3615 de 2005; para, finalmente, abordar la normatividad actual o Ley 1562 de 2012, con su Decreto Reglamentario 723 de 2013. Todo lo anterior con el fin de conocer los avances, aciertos y desaciertos normativos, así como los desafíos que enfrenta el Estado Colombiano en torno al Sistema de Riesgos Laborales de los trabajadores independientes y aún de los informales.

Se analizará la aplicación de los principios de la seguridad social en las actuales normativas de riesgos laborales de los trabajadores independientes; el agravante en la desprotección del aseguramiento del trabajador independiente por cuenta de la carencia de responsabilidad objetiva; para finalizar con los aportes jurisprudenciales que sobre la materia han realizado las Cortes Constitucional, Suprema de Justicia y el Consejo de Estado.

1. Aclaración conceptual de los términos: trabajador independiente, contratista y trabajador informal.

Es pertinente en primera instancia, realizar una aclaración conceptual del grupo poblacional objeto de estudio, es decir, de los trabajadores independientes, contratistas e informales. En torno a ello se tiene que el Departamento Administrativo Nacional de Estadística DANE, ha adoptado para la realización de los trabajos estadísticos en Colombia el contenido de la Resolución 15 de la OIT de 1993, que establece la Clasificación Internacional de la Situación del Empleo – CISE 93, por la cual se afirma que según la situación del empleo de un país surgen los siguientes grupos “1. Asalariados, 2. Empleadores, 3. Trabajadores por cuenta propia, 4. Miembros de Cooperativas de Productores, 5. Trabajadores Auxiliares Familiares, 6. Trabajadores que no pueden clasificarse según la situación en el empleo”.

Y tal como en dicha resolución se indica, los grupos de la CISE-93 se definen haciendo referencia a la distinción entre: “los «empleos asalariados», por un lado, y los «empleos independientes», por el otro” y que dichos grupos “se definen haciendo referencia a uno o más aspectos del riesgo económico y/o del tipo de autoridad que el contrato de trabajo implícito o explícito confiere a los titulares o a que los somete”. Entrando de esta forma a definir, el cuerpo normativo en cita, al **empleo independiente** como:

Aquellos empleos en los que la remuneración depende directamente de los beneficios (o del potencial para realizar beneficios) derivados de los bienes o servicios producidos (en estos empleos se considera que el consumo propio forma parte de los beneficios). Los titulares toman las decisiones operacionales que afectan a la empresa, o delegan tales decisiones, pero mantienen la responsabilidad por el bienestar de la empresa. (En este contexto, la «empresa» incluye a las operaciones de una sola persona).

Luego esta definición de empleo independiente, va a ser **común** para la definición del concepto de **empleador** y la de **trabajador por su propia cuenta**, pues para el primero (empleador), define que es: “el trabajador que realizando un empleo independiente (ya sea por su propia cuenta o con otros - socios) contraten a otras personas para que trabajen para ellos”; y para el concepto de **trabajador por su propia cuenta**, afirma que: “son aquellos trabajadores que, trabajando por su cuenta o con uno o más socios, tienen el tipo de empleo definido como «empleo independiente» y no han contratado a ningún «asalariado».” Vista esta diferenciación, tanto los **empleadores** como los **trabajadores**

por su propia cuenta ejercen la actividad definida como **empleo independiente**, conceptos que son entendidos de forma muy diferente por el común colombiano.

A más de ello, trae esta resolución una clasificación interesante denominada como **trabajadores que no se pueden clasificar según la situación en el empleo**, grupo en el que incluye a “*los trabajadores sobre los que no se dispone de suficiente información pertinente, y/o que no pueden ser incluidos en ninguna de las categorías anteriores*”, clasificación dentro de la que encajan quienes ejercen **trabajos informales**.

Por otra parte, la resolución relacionada, presenta a los **contratistas** como una subcategoría o división que son los trabajadores que:

a) Se hallan inscritos ante las autoridades fiscales (y/o ante otros organismos competentes) en calidad de unidad económica autónoma sujeta a imposición, y/o de modo tal que la empresa empleadora no es responsable del pago de la cotización pertinente de la seguridad social y/o la relación contractual no está regida por la legislación general del trabajo aplicable, por ejemplo, a los «asalariados regulares»; pero que b) tienen contratos de «empleo asalariado» implícitos o explícitos. Estos trabajadores pueden clasificarse en «empleos independientes» o en «empleos asalariados» de acuerdo con las circunstancias nacionales.

Ahora, mediante la legislación laboral sustantiva colombiana, contenida en los artículos 22 a 36, se concluye que contrario a lo definido como trabajador dependiente, se ubican los **independientes**, que son aquellas personas no vinculadas a una empresa mediante contrato de trabajo, sino mediante un contrato de servicios y que son remunerados bajo la figura de honorarios o comisiones. Pues como se vio arriba, de la Resolución de la OIT, los **trabajadores por su propia cuenta** y los **contratistas** son especies que pertenecen al género de los trabajadores independientes, encontrando que, los trabajadores por su propia cuenta, ejercen empleos independientes que no han contratado a ningún asalariado, mientras que, por el contrario, el **contratista independiente**, conforme al contenido del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo (C.S.T.) serán:

Verdaderos patronos y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Derivándose como uno de los requisitos esenciales para determinar la calidad de **contratista**, el hecho determinante por el cual, debe ejecutar sus labores con sus propios medios, sin utilizar los de la empresa contratante. Quiere decir esto que, si el contratista hace uso de medios de producción, herramientas, o recursos del contratante, no se podrá considerar como un empleador, sino que se tendrá como simple intermediario, según como lo establece el artículo 35 del C.S.T.

Finalmente, se encuentra el grueso de la población colombiana ocupada, conocidos como **trabajadores informales** o **trabajadores que no se pueden clasificar según la situación en el empleo**, definidos por la Resolución de la OIT como “*los trabajadores sobre los que no se dispone de suficiente información pertinente, y/o que no pueden ser incluidos en*

ninguna de las categorías anteriores”, quienes en comparación con los trabajadores formales o dependientes, los independientes y contratistas, no cuentan con un contrato, ya sea de trabajo, ni de prestación de servicios; razón por la cual no pueden ser incluidos en ninguna de las categorías anteriores (trabajador dependiente, independiente y contratista), pues aunque realizan actividades económicas, lo hacen de manera informal sin contrato de ninguna clase y desprovistos de cualquier clase de aseguramiento, pues el sistema no se encuentra preparado para brindarle ningún tipo de protección, aun cuando dichas actividades sean vulnerables del acaecimiento de contingencias que le puedan generar la muerte o invalidez. Preocupando así, el volumen estadístico del DANE en torno a los trabajadores informales, incluyéndolos como el 50.2% de la población ocupada para 2007, teniendo su pico más alto de 52% en el 2009, descendiendo para el 2012 en 50.6%, para finalmente llegar a la última medición del presente año, a representar el 49.5% de la población ocupada del trimestre de marzo a mayo de 2013.

1.1 Diferencia entre contrato laboral y el de prestación de servicios.

Se ha decantado por la doctrina que todo contrato es, un acuerdo por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa, y para la existencia del mismo se requiere capacidad de las partes en contratar, consentimiento, causa lícita y objeto lícito. Dentro de este grupo de negocios jurídicos, se ubica el contrato laboral, que para su existencia requiere además de los elementos anteriormente citados, la concurrencia de los elementos consagrados por el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, como la actividad personal del trabajador, continua subordinación y dependencia del trabajador respecto a su empleador y la remuneración o salario.

Tal como se vio, tanto los trabajadores dependientes o vinculados, así como los trabajadores independientes y contratistas, los rige un contrato. Para los primeros, o trabajadores dependientes, dicho contrato será del orden laboral, el cual para su validez no requiere forma especial alguna, es decir, que sea escrito o verbal, pues expresamente así lo ha permitido el artículo 37 del C.S.T. Mientras para los segundos, o trabajadores independientes y contratistas, los regirá un contrato de prestación de servicios, para el que no existe normatividad alguna que exija formalidad especial para su validez, por lo cual se entiende que, al no existir esta limitación, estos contratos de prestación de servicios pueden ser verbales o escritos. Pero el contrato de prestación de servicios, sea escrito o verbal, se distingue del laboral en la carencia del elemento de la subordinación, en la posibilidad de determinación de las circunstancias en las cuales se cumplirá con la labor o servicio contratado, en que los medios de trabajo son de propiedad del contratista y en el hecho de no requerirse la prestación personal del servicio. Todas estas circunstancias se vuelven visibles probatoriamente, sea que el contrato se establezca por escrito o verbal, pues en el momento de definir la clase de contrato que rigió la relación de las partes, estas características se vuelven definitorias.

1.2 Características del contrato de prestación de servicios objeto de afiliación obligatoria al sistema de riesgos laborales.

Conforme el artículo 13 de la Ley 1562 de 2012 y los artículos 1° y 2° del Decreto reglamentario 723 de 2012, se tiene que, para que los trabajadores independientes sean afiliados obligatorios al sistema de seguridad social en riesgos laborales, dicho **contrato debe ser formal**, entendiéndose por formal **“aquel que conste por escrito”**(Decreto 723

de 2013 - Artículo 2° Parágrafo 2), contrario a lo exigido para los trabajadores dependientes a los cuales se les permite que su contrato sea verbal o escrito, a los independientes que pretendan afiliarse a riesgos laborales, se exige la formalidad de la escritura, desplazando de esta forma a los conocidos contratos verbales.

A más de la formalidad de la escrituralidad, en estos contratos de prestación de servicios (de naturaleza civil, comercial o administrativa), se debe indicar en el formulario de afiliación a la ARL *“como mínimo, el valor de los honorarios, las circunstancias de tiempo, modo, lugar y la clase de riesgo* (artículo 7 del Decreto 723 de 2013). Luego, como requisitos de existencia de estos contratos que **originan la obligación de afiliación a riesgos laborales**, se encuentra a más de la **escrituralidad, la determinación de la duración del contrato** o los extremos del vínculo contractual, **la forma como se ejecutarán las actividades** (obligaciones de las partes) y el **lugar en el cual se cumplirán aquellas**, o se realizará la actividad objeto del contrato; elementos sin los se entiende inexistente el contrato de prestación de servicios con obligación de vinculación a los riesgos laborales, por la negativa que las ARL presentan frente a los que carecen de dichos requerimientos.

2. Evolución normativa del sistema de riesgos profesionales de los trabajadores independientes previo a la ley 1562 de 2012.

La primera normatividad que tocó de forma incipiente el concepto de afiliación y cotización en riesgos profesionales de los trabajadores independientes fue el **Decreto 1295 de 1994** que en su artículo 13 estableció que los independientes podían hacer la afiliación a riesgos profesionales de manera **voluntaria**, y nada dijo sobre cómo se realizaría la cotización en esos casos de afiliación voluntaria. A pesar que en el artículo 3 del Decreto en cita señalaba que *“el sistema general de riesgos profesionales se aplica a todas las empresas que funcionen en el territorio nacional, a los trabajadores, contratistas, subcontratistas de los sectores público, oficial, semioficial, en todos sus órdenes y del sector privado en general”*, se quedó solo en inclusiones que no se materializaron para los trabajadores independientes.

No con mucha posterioridad, fue expedido el **Decreto 1772 de 1994**, que tenía por fin *“reglamentar la afiliación y cotizaciones al sistema general de riesgos profesionales”*, pero en su artículo 2° correspondiente a la afiliación, solo relaciona a los afiliados obligatorios o trabajadores dependientes, y nada se dijo de los independientes.

Luego, se observa la expedición del **Acuerdo 005 de 2001 del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social**, *“por el cual se recomiendan los fundamentos técnicos y jurídicos para afiliar a los trabajadores independientes al sistema general de riesgos profesionales”*. Resaltándose los siguientes aspectos: siendo potestativo del trabajador independiente, afiliarse al Sistema General de Riesgos Laborales - SGRL, una vez manifestado el deseo de afiliarse, por escrito dentro del contrato, al contratante le surgía la obligación de afiliar y asumir de la cotización el 25%, así como descontar de los honorarios al independiente el otro 75%, teniendo en cuenta que el Índice Base de Cotización - IBC es el 40% del valor de los honorarios y en caso de mora en el pago de las cotizaciones, responsabiliza al contratante por las prestaciones (económicas y asistenciales). Es así como, lejos de promover la afiliación del trabajador independiente, este Acuerdo generó un efecto contrario, ya que si el trabajador independiente manifestaba el deseo de afiliarse a riesgos

laborales y asegurar las contingencias surgidas por la prestación del servicio, le trasladaba la obligación de parte del pago de la cotización al contratante, quien muy seguramente no asumía gustoso esa carga del 25% y la responsabilidad de las consecuencias de la mora en el pago de la cotización.

Posteriormente, tras la expedición del **Decreto 2800 de 2003** (*por el cual se reglamenta parcialmente el literal b) del artículo 13 del Decreto ley 1295 de 1994*), se mantiene como voluntaria la afiliación del trabajador independiente al afirmar que es quien debe manifestar en el contrato o sus prórrogas la intención de afiliarse al SGRL y que si desea afiliarse el monto de la cotización debe ser asumido totalmente por aquel, aclarando para ello que, deberá estar afiliado también al sistema de salud y pensiones, permitiéndose el pacto del pago compartido (entre contratante y contratista) al momento de suscribir el contrato. Por esta norma se aclara que es el contratante quien deberá descontar y pagar el valor de la cotización. Elevó la base de cotización de los trabajadores independientes a dos SMLMV sin que supere los 25 SMLMV, manteniendo el IBC en el 40% del valor neto de los honorarios o de la remuneración. En síntesis, este Decreto aunque responsabiliza al contratante del pago de la cotización, es el contratista quien deberá asumir el costo total de la misma, manteniéndose del Acuerdo 005 de 2001 las sanciones moratorias y el pago prestacional (económicas y asistenciales) en el contratante que habiendo realizado el descuento no realice el pago.

Ya con la expedición del **Decreto 3615 de 2005**, “*por el cual se reglamenta la afiliación de los trabajadores independientes de manera colectiva al sistema de Seguridad Social Integral*”, se tuvo como objetivo el definir los requisitos y procedimientos para que los trabajadores independientes se afilien al Sistema General de Seguridad Social Integral - SGSSI a través de agremiaciones y asociaciones. De manera relevante se observa que esta normatividad potencializó la afiliación colectiva de los independientes al sistema de seguridad social integral en pensión y salud, manteniendo como **voluntaria** la afiliación a riesgos laborales siempre que se estuviera afiliado a salud y pensión. Estableció que para la afiliación a riesgos laborales se requería escrito anexo con los parámetros de días, horarios, tareas y espacio a los cuales se **limita el cubrimiento del riesgo profesional**. En síntesis, aunque esta norma facilitó la afiliación en salud, pensión y riesgos de los trabajadores independientes, se observa que al limitar las horas y espacio de labor (en el documento anexo de en la afiliación), se contraviene el espíritu normativo que buscaba implantar el artículo 11 del **Acuerdo 5 de 2001** expedido por el Ministerio de Protección Social, ya que en aquel se había fijado que, siempre que un accidente o enfermedad sobrevengan por **causa** y con **ocasión** del cumplimiento, desarrollo y ejecución de un contrato **diferente al laboral**, como el de carácter civil, comercial o administrativo, se entendería que su origen era **profesional**. Traslado entonces la carga probatoria al trabajador independiente, que sufra un accidente por fuera de las horas y espacio establecido en el documento anexo de la afiliación.

3. Cambios normativos con la ley 1562 de 2012 y el decreto 723 de 2013.

Finalmente, en el recorrido normativo se llega a la **Ley 1562 de 2012**, que establece como acierto, el haberse fijado un grupo claro de **afiliados obligatorios**, recogiendo de esta forma a todos quienes están en obligación de cotizar al SGSSRL, entre los que convenientemente se incluyó a los “*los trabajadores independientes que laboren en*

actividades catalogadas por el Ministerio de Trabajo como de alto riesgo” por la gran probabilidad que tienen este grupo de sufrir contingencias al prestar su servicio exponiendo su vida y su salud; encontrándose así acorde que dicha obligación deba ser asumida por quien se lucra de dicho riesgo, es decir el contratante, ya que la misma normatividad establece “El pago de esta afiliación será por cuenta del contratante”.

Como punto álgidamente discutido de la nueva normatividad, se encuentra la vinculación de forma obligatoria de quienes cuenten con contratos de prestación de servicios superiores a un mes, estableciendo que serán vinculados obligatorios al SGSSRL las personas:

*vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con entidades o instituciones públicas o privadas, tales como contratos civiles, comerciales o administrativos, con una duración superior a **un mes** y con precisión de las situaciones de tiempo, modo y lugar en que se realiza dicha prestación (Artículo 13 literal A numeral).*

Y seguidamente permite la posibilidad de afiliación a los trabajadores independientes que de forma **voluntaria** lo quieran realizar al decir en el literal b) del artículo 13 que:

*“b) En forma voluntaria: **Los trabajadores independientes** y los **informales**, diferentes de los establecidos en el literal a) del presente artículo, **podrán** cotizar al Sistema de Riesgos Laborales siempre y cuando coticen también al régimen contributivo en salud y de conformidad con la **reglamentación que para tal efecto expida el Ministerio de Salud y Protección Social en coordinación con el Ministerio del Trabajo** en la que se establecerá el valor de la cotización según el tipo de riesgo laboral al que está expuesta esta población” (negrillas fuera de texto)*

Concluyéndose así que, esta normatividad que buscaba aumentar el número de cotizantes al SGSSRL estableció para ello la obligación de cotizar al sistema de riesgos laborales para los trabajadores independientes que cuentan con **contratos formales** superiores de un mes y los que se dedican a actividades de alto riesgo, pero infortunadamente al abrir la puerta de afiliación a los trabajadores independientes y a los informales que de forma **voluntaria** quieran hacer la afiliación, no reglamentó la forma en la cual esto se realizaría, **omitiendo los límites en los cuales podrá empezarse a realizar estas afiliaciones**, observándose que en la realidad, quien opta voluntariamente por asegurar su riesgo profesional y carezca de un contrato formal, es rechazado en su afiliación por las ARL, pues según el sentir de las administradoras de riesgos laborales, se dificulta realizar la afiliación de los trabajadores independientes que de forma voluntaria quisieran hacerla, por cuanto, al no estar vigilados en su actividad (en torno a si es o no en desarrollo de un contrato), se desconoce el riesgo que se encuentra asegurando y por tanto dichas Administradoras generan su negativa de afiliación.

Esta situación que impide universalizar la protección de la Seguridad Social en Riesgos Laborales, generando que un alto número de trabajadores independientes e informales estén imposibilitados de realizar su afiliación al SGSSRL de forma voluntaria, podría zanjarse materializando lo normado en el artículo 11 del Acuerdo 5° del 2001 emitido por el Ministerio del Trabajo, por el cual se define que:

Artículo 11 Origen del accidente o de la enfermedad profesional. Para efectos del presente acuerdo, siempre que un accidente o una enfermedad sobrevengan por causa o con ocasión del cumplimiento, desarrollo o ejecución de un contrato diferente al laboral, tales como de carácter civil, comercial o administrativo, se entiende que su origen es profesional (negrita y subrayado fuera de texto).

Luego bajo este entendido, debiera bastar para la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes y los informales al sistema de riesgos profesionales, que se adjunte una relación de actividades desarrolladas dentro del ejercicio de sus contratos, acorde con la actividad económica registrada en el Registro Único Tributario - RUT, así como el señalamiento de los lugares de frecuente ejecución de dicha actividad, limitantes que podrían generar un mayor volumen de afiliados independientes con afiliación voluntaria y por tanto ampliación de la base de cotizantes.

Con el fin de materializar la universalización en la cobertura de los Riesgos Laborales de la totalidad de Trabajadores independientes e incluso de informales, se podrá apoyar el sistema, en las herramientas legales creadas en el artículo 32 de la Ley 1562 de 2012, es decir en la Comisión Especial de Inspectores de trabajo para la prevención y promoción de los riesgos laborales y el Sistema Nacional de Inspectores de Trabajo, los que podrán realizar las visitas en los lugares en los que se desarrollará la labor, pues de esta forma la ley lo informa:

*Se creará de igual forma el Sistema Nacional de Inspecciones de Trabajo, bajo la dirección y control del Ministerio de Trabajo, o quien haga sus veces, el cual estará conformado por las inspecciones de trabajo, los inspectores de trabajo, los coordinadores de Inspección, Vigilancia y Control, personal de apoyo interdisciplinario y contará con la concurrencia de todas las dependencias de las diferentes entidades estatales **que dentro de sus funciones realicen visitas de inspección in situ a las diferentes empresas ubicadas en el territorio nacional. El personal asignado por el respectivo Director Territorial o por el Director(a) de Inspección, Vigilancia, Control y Gestión Territorial del nivel central, para realizar las visitas in situ diferentes a los inspectores del trabajo, al realizar una visita, deberán procurar observar el entorno laboral, el clima de trabajo y las condiciones laborales de los trabajadores.**(negritas fuera de texto).*

Aun cuando, se reitera que la Comisión Especial de Inspectores de trabajo para la prevención y promoción de los riesgos laborales y el Sistema Nacional de Inspectores de Trabajo, son una herramienta legal para la consecución del fin de la universalización en la afiliación de los trabajadores independientes e incluso de los informales, se echa de menos que el Decreto 723 de 2013 desarrollara la forma en la cual se ampliará este importante instrumento, encontrándose un vacío para el cumplimiento de los cometidos fijados por la ley.

También, atina la norma, en unificar los límites en el monto de las cotizaciones, tanto para los vinculados por contrato de trabajo, los vinculados como servidores públicos y quienes cuenten con contrato de prestación de servicios, pues en el decreto 2800 de 2003 se dio un trato discriminatorio al exigirle a estos cotizar partiendo de la base de dos salarios mínimos. Finalizando este articulado con una distinción en relación a quien le corresponde la responsabilidad de afiliar y a quien de cotizar en el caso de los independientes, así:

Ley 1562 de 2012. Artículo 6.: El monto de las cotizaciones para el caso de los trabajadores vinculados mediante contratos de trabajo o como servidores públicos no podrá ser inferior al 0.348%, ni superior al 8.7%, del Ingreso Base de Cotización (IBC) de los trabajadores y su pago estará a cargo del respectivo empleador” y que “el mismo porcentaje del monto de las cotizaciones se aplicará para las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios personales, sin embargo, su afiliación estará a cargo del contratante y el pago a cargo del contratista, exceptuándose lo estipulado en literal a) numeral 5 del artículo primero de esta ley.

Dicho de esta forma, la normativa citada, pone en igualdad de condiciones a todos los trabajadores (dependientes e independientes y servidores públicos) en torno al monto de la cotización y deja claro que aun cuando los independientes gozan de la misma base de cotización que el resto de trabajadores siendo responsables del pago de estas, es el contratante el obligado en afiliar. Puede concluirse que, aunque el responsable en el pago de la cotización sea el contratista independiente, en el evento de omisión de afiliación por parte del contratante será éste último el llamado a responder de las contingencias y prestaciones que puedan generarse por la enfermedad, invalidez o muerte durante o con ocasión al contrato que sufiere el contratista independiente.

En relación a las consecuencias de la mora, el Parágrafo 2° del artículo 7° de la Ley 1562 de 2012 estipula de manera tajante la obligación que tienen las ARL de adelantar las acciones de cobro, tanto al empleador como al contratista así:

Sin perjuicio, de la responsabilidad del empleador de asumir los riesgos laborales de sus trabajadores en caso de mora en el pago de las primas o cotizaciones obligatorias y de la que atañe al propio contratista, corresponde a todas las entidades administradoras de riesgos laborales adelantar las acciones de cobro, previa constitución de la empresa, empleador o contratista en mora y el requerimiento escrito donde se consagre el valor adeudado y el número de trabajadores afectados.

La estipulación de la responsabilidad en relación a la mora por parte de las ARL es de amplia importancia al presentarse la contingencia y encontrarse en estado de mora, en la medida que de forma análoga con esta preceptiva, se está dando aplicación al precedente jurisprudencial del allanamiento a la mora, por el cual, cuando empleadores o trabajadores independientes pagan de forma extemporánea los aportes al Sistema de Seguridad Social, las empresas prestadoras o encargadas de asumir la contingencia no pueden negarse, a no ser que hayan actuado para solicitar el pago oportuno de las cotizaciones o hayan rechazado los pagos efectuados por fuera del término establecido.

Finalmente por el Decreto **Reglamentario 723 de 2013**, se tiene que lejos de aportar en la regulación de la afiliación y cotización de los trabajadores independientes y de los informales que carecieran de un contrato formal, omitió cualquier desarrollo y de esta forma no cumplió con el mandato de la Ley 1562 de 2012 que delegaba en aquel este impulso legislativo necesario, limitándose a regular lo correspondiente a los trabajadores independientes con contrato formal únicamente.

A pesar de esta omisión normativa por parte del Decreto 723 de 2013 se destaca aspectos importantes como el hecho de que, aun cuando es obligación del contratante la afiliación, se permita en el independiente la “libre escogencia de su Administradora de Riesgos Laborales, debiendo afiliarse a una sola”; el hecho que ante la posibilidad de varios contratos sea el contratista quien debe comunicarle al contratante para que realice la novedad en la afiliación al nuevo contrato; la obligación del pago en forma anticipada de la cotización al SGSSRL tanto por el contratante (en el caso de los trabajadores independientes de actividades de alto riesgo IV y V) así como también los trabajadores independientes-contratistas de las actividades de riesgo I, I y III y finalmente, se resalta la importancia de establecer expresamente que el IBC para calcular las cotizaciones no será inferior a un SMLV ni superior a 25 SMLMV, reduciendo la base indicada por el Decreto 2800 de 2003 y teniendo en cuenta la sentencia de Consejo de Estado 15399 de 2006 por la cual se declaró la nulidad del inciso segundo del artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, que ordenaba que la base de cotización no podía ser inferior a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

3.1 Aplicación de los principios de la seguridad social en las actuales normas de riesgos laborales para los trabajadores independientes.

Como lo señaló la Corte Constitucional dentro de la sentencia hito C- 406 de 1992:

Los principios constitucionales, a diferencia de los valores que establecen fines, consagran prescripciones jurídicas generales que suponen una delimitación política y axiológica reconocida y, en consecuencia, restringen el espacio de interpretación, lo cual hace de ellos normas de aplicación inmediata, tanto por el legislador como por el juez constitucional.

De conformidad con esta definición, se han ido abriendo paso diferentes principios en la seguridad social como: supremacía constitucional, dignidad humana, progresividad, orden público, condición más beneficiosa, igualdad, *pro homine*, sostenibilidad financiera, reajuste periódico de las pensiones, solidaridad, universalidad, integridad, eficacia, unidad, participación, subsidiaridad, garantía de la seguridad social, irrenunciabilidad y continuidad, principios, que finalmente deben irradiar todos los cuerpos normativos y las decisiones judiciales que se tomen.

Analizando a la luz de estos principios las actuales normatividades en materia de riesgos laborales de los trabajadores independientes, se encuentra que en poco o nada se aplicaron los principios de igualdad, progresividad y universalidad para este grupo que, como se vio, no ha sido objeto de una reglamentación verdaderamente protectora en materia de riesgos profesionales.

De esta forma, frente al hecho que, se pueda mantener una “vigilancia” por parte de la ARL dentro de un contrato de prestación de servicios, en torno a los riesgos asegurados, no hace improcedente la aplicación del **principio de la igualdad** frente a los otros trabajadores independientes que **no cuenten con un contrato formal de prestación de servicios**, pues, tal como se dijo en definiciones anteriores, para que exista válidamente un contrato de prestación de servicios, no es necesario ninguna formalidad, característica que vino a ser variada por el Decreto 723 de 2013, al exigir formalismos en dicho contrato (circunstancias de tiempo, modo y lugar), haciéndose de esta forma, materialmente inexistente para las ARL, cualquier otro contrato de prestación de servicios presentado un trabajador

independiente e incluso por el trabajador informal, que no cuente con dichos postulados, aún cuando nunca fueron requisitos de existencia.

Se entiende, entonces, que principios como el **progresividad y el de universalidad**, que pretenden que el legislador en sus desarrollos normativos avance en la realización y materialización de los derechos económicos, sociales y culturales, y que, se pueda generar la protección gradual de cada vez más sujetos, no se potenciaron en su aplicación, pues hechos como el haber vuelto obligatoria la cotización en riesgos laborales para los independientes con contrato superior a un mes, no incentiva la materialización de los derechos protegidos por las normas de seguridad social, ya que, lejos de ser **incluyente** de los trabajadores independientes e incluso a los informales (grueso de la población ocupada colombiana), generó una limitante en muchos de éstos, que aun teniendo la solvencia para generar un aseguramiento del riesgo en sus actividades o sus servicios prestados, deben quedarse sin aquel cubrimiento, por no contar con el contrato que específicamente señale las circunstancias de tiempo, modo y lugar etc., caso frecuente, en quienes desempeñan profesiones liberales como los abogados, odontólogos, asesores comerciales entre otros, que carecen de un contrato formal, como el exigido por las ARL para efectos de vinculación, pero que cuentan con vínculos y contratos de diferentes tipos, que les genera la solvencia para asegurar el riesgo al que se someten en su labor.

Vistos los principios del sistema de seguridad social que nos rigen, es fácil concluir que los cuerpos normativos que se expidan, deben estar irradiados por estos y propender a su desarrollo y aplicación, por lo que, cambios normativos como el insertado por la Ley 1562 de 2012 y su Decreto Reglamentario 723 de 2013 en relación a riesgos laborales de los trabajadores independientes, ninguna inclusión se incentivó para aquellos que voluntariamente quisieran asegurar el riesgo profesional en una ARL y que no cuentan con contratos formales de prestación de servicios, pues aun cuando la Ley 1562 de 2012 delegó al Ministerio de Salud y Protección Social la tarea de expedir dicha reglamentación (artículo 13 literal b), este requerimiento no fue desarrollado por el Decreto 723 de 2013 que circunscribió el objeto y el campo de aplicación (artículos 1° y 2° del Decreto 723 de 2013), de su reglamentación únicamente a quienes contaren con un contrato formal de prestación de servicios, así:

Artículo 2. Campo de aplicación. El presente decreto se aplica a todas las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios, con entidades o instituciones públicas o privadas con una duración superior a un (1) mes y a los contratantes, conforme a lo previsto en el numeral 1 del literal a) del artículo 2 de la Ley 1562 de 2012 y a los trabajadores independientes que laboren en actividades catalogadas por el Ministerio del Trabajo como de alto riesgo, tal y como lo prevé el numeral 5 del literal a) del artículo 2 de la Ley 1562 de 2012. Parágrafo 1. Para efectos del presente decreto, todas las personas vinculadas a través de un contrato formal de prestación de servicios con una duración superior a un (1) mes, se entenderán como contratistas.

3.2 Agravante de la desprotección del trabajador independiente por cuenta de la carencia de responsabilidad objetiva.

Como es sabido, la responsabilidad objetiva constituye uno de los fundamentos del sistema de Riesgos Laborales, en el cual se parte de la concepción de que existe un riesgo creado por el empleador, por lo que presentado el accidente, patología, o muerte dentro de la

actividad laboral, es el empleador quien debe reparar los perjuicios en lo que se denomina teoría del riesgo.

Pero la labor realizada por los trabajadores independientes, rompe drásticamente con el esquema anterior de responsabilidad objetiva en cabeza del empleador, así como de la reparación de perjuicios que encierra la teoría del riesgo, toda vez que en dicha persona (trabajadores independiente/contratista/e incluso informales), confluyen las dos calidades: la de trabajador y la de patrono o empleador; asumiendo de esta manera, por su cuenta y riesgo, las eventualidades y contingencias, que se pudieren presentar, tales como, enfermedades profesionales, muerte e invalidez en el trabajo, y es justo acá, frente a dicho incremento en responsabilidad para el trabajador independiente, que se hace necesario un robustecimiento del sistema de riesgos laborales, que le asegure el cubrimiento de dichas contingencias, pero frente a dicha problemática la reciente normatividad de riesgos profesionales, tampoco generó ningún adelanto.

Frente a esta desprotección del trabajador independiente, que como se vio por diversas circunstancias no puede alcanzar al aseguramiento ofrecido por las ARL, la jurisprudencia ha optado, más por encontrar los elementos del contrato laboral para demostrar un vínculo que reivindique derechos a dichos trabajadores, que ha sugerir lineamientos para posteriores cuerpos normativos que aminoren dicha desprotección. Es así como al consultarse las diferentes sentencias de las altas Cortes en procesos propuestos por trabajadores independientes, se encuentra el repetitivo ejercicio reflexivo en torno a determinar, la existencia o no de los elementos de un contrato laboral, y de esta forma, una vez verificados éstos, es el empleador (que siempre se creyó ser un contratante), quien es condenado a responder por las contingencias del trabajador independiente, dejando incólume a las ARL, quienes en muchas ocasiones son más robustas económicamente para hacer frente a las prestaciones económicas que surgieren de una condena.

4. Aporte Jurisprudencial en materia de riesgos laborales de los trabajadores independientes.

En relación a la afiliación, la jurisprudencia de la Corte Constitucional (C-177 y T- 382 de 1998, T- 848 de 1999 y T 351 de 2006) se ha referido reiteradamente a la que surge dentro de las relaciones laborales, manteniendo invariable la posición por la cual la omisión del empleador de afiliar a sus trabajadores al Sistema de Riesgos Laborales afecta gravemente los derechos a la salud y la seguridad social de aquellos. Y es nulo el desarrollo jurisprudencial que ha tenido el tema de la obligación del contratante en realizar la afiliación del contratista, asignada recientemente por el artículo 6° de la ley 1562 de 2012 que expresamente señala “...sin embargo, su afiliación estará a cargo del contratante y el pago a cargo del contratista”.

Las consecuencia de la no afiliación al sistema de riesgos laborales que expresa este Cuerpo Colegiado en estas sentencias, habrá de analizarse bajo el entendido por el cual se tiene que **la seguridad social es un derecho irrenunciable**, pues sobre la afiliación ha referido que: “La protección constitucional en materia de riesgos profesionales se garantiza asegurando el derecho irrenunciable a la seguridad social (T-875 de 2004)”. De lo anterior es posible concluir también que, la protección superior operará en igual sentido para trabajadores vinculados laboralmente como para independientes y contratistas, por ser la seguridad social un derecho irrenunciable y por tanto la obligación del empleador en afiliar a su

trabajador será de la misma entidad, que la obligación del contratante en afiliar al contratista, pues en ese mismo sentido se entiende el espíritu de la actual norma y por tanto, la omisión de afiliación generará las mismas consecuencias del empleador incumplido, en el contratista que omitiera este mismo deber legal.

Otro aspecto jurisprudencialmente desarrollado, ha sido en torno a las responsabilidades que son asumidas por el Sistema General de Riesgos Laborales, de las que se ha dicho que son de “carácter eminentemente objetivo” afirmando que para se definan dichas responsabilidades “*basta al beneficiario de las prestaciones que de ella se desprenden, acreditar el vínculo laboral y la realización del riesgo con ocasión o como consecuencia del trabajo*”. Esta afirmación de la Corte Suprema (Sentencia 22656 de junio 30 de 2005), es determinante para poder concluir que a los trabajadores independientes a los que se les está negando su afiliación por carecer de un contrato superior a un mes con las formalidades indicadas atrás, pueda ser sujeto de protección por el Sistema de Riesgos Laborales, pues en el momento que a dicho afiliado le sobrevenga la enfermedad o accidente realizando las labores para las cual fue contratado, deberá ser quien tenga la responsabilidad de acreditar que ese riesgo fue con ocasión o causa del trabajo, luego bajo el entendido de la responsabilidad objetiva del sistema de Riesgos Labores, las administradoras no tendrán como argumento para negar la afiliación de estos trabajadores independientes, el hecho que el trabajador no tenga vigilados los riesgos y de esta forma sea indefinible si aquellos fueron de origen común o se crearon con causa u ocasión del trabajo, ya que es el beneficiario de las prestaciones quien debe acreditar aquello, esto, claro está, luego de que se materialice la normatividad que regule a estos independientes ya que como bien se afirmó arriba el Decreto 723 de 2013 no tuvo por objeto la reglamentación de la afiliación de estos, dedicándose a en su objeto a establecer las reglas de la afiliación, cobertura y pago de aportes en el Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculas a través de un contrato formal de prestación de servicios.

Analizada la sentencia del Consejo Estado con Radicación número73001-23-31-000-2000-03228-01 del seis de marzo de dos mil ocho 2008 (interno 2302-05), por la cual se condena al Municipio del Líbano, Tolima, a reconocer a favor del actor una pensión de invalidez por considerar que era ese ente territorial el que tenía que responder por esta prestación al no haberlo vinculado a través de una “*relación legal y reglamentaria que le permitiera acceder al Sistema General de Seguridad Social*”; se puede observar, la entidad e importancia que tiene una buena reglamentación de Riesgos Laborales de los trabajadores independientes, pues se analiza que el hecho de que el actor no contara con las semanas necesarias para el reconocimiento de la prestación, era consecuencia de haberse pactado su vinculación mediante contrato de prestación de servicios, que no exigía encontrarse afiliado al Sistema de Seguridad Social. De lo que podrá concluirse como acierto, el hecho que, con la normativa actual, Ley 1562 de 2012 y el Decreto 723 de 2013 se reafirme la importancia de aseguramiento al sistema de Seguridad Social en Riesgos laborales, por la protección que esto genera en quienes desarrollan un contrato de prestación de servicios, y por tanto ha de considerarse que aun, cuando no se ha cumplido a cabalidad con el principio de la universalización, se tendrá que reconocer como avance que el hecho de **ordenar como obligatorio** el aseguramiento de los trabajadores independientes con contratos formales superiores a un mes, ha generado el aumento de un millón de afiliados al sistema de Riesgos laborales en lo corrido del primer semestre del 2013, teniendo el mayor

número de afiliaciones en los sectores de más alta accidentalidad como el de la construcción y el minero, tal como lo reportó la Ministra del Trabajo Andrea Torres Matiz (2013), quien frente a dichas cifras trazo como meta *“tener en el Sistema de Riesgos Laborales la misma cifra de trabajadores independientes que hoy están afiliados al Sistema de Salud, es decir, 1.511.000”*.

Pero a pesar de dichas cifras siguen existiendo aspectos no regulados que generan desprotección en un volumen cada vez mayor del grupo de trabajadores independientes, contratistas e incluso de los informales, que no cuenten con contratos formales de este tipo, a quienes acaecida la contingencia, la única vía de protección es la demostración de los elementos del contrato laboral para que por medio de dicha declaración accedan a todos las condenas como prestaciones e indemnizaciones, con la consecuencia que en muchos casos el condenado (contratante), en ocasiones no cuente con la suficiente solvencia para soportar dichas cargas y de esta forma sea nugatorio estos derechos y a su turno se desestime la creación de empresas.

En torno a esto, es una constante que en la mayoría de sentencias anteriores a la actual normatividad (ya que a partir de la reciente no se ha generado desarrollo jurisprudencial), en las cuales se desarrollan conflictos en los que incluyen trabajadores independientes, se intente lograr la protección del Sistema de Seguridad Social por la vía de la declaratoria de la existencia de un contrato laboral y de elementos probatorios que determinen la solidaridad del dueño de la obra así como la primacía de la realidad sobre las formas, al carecerse de aseguramiento en materia de riesgos laborales, que permitan responder efectivamente al trabajador por las prestaciones que surgieren con causa u ocasión del trabajo, circunstancia entendible en la medida que, el trabajo, (tenga la calidad que tenga), gozara de especial protección del Estado y perseguirá el equilibrio entre las partes.

En síntesis, observadas las sentencias de la Corte Constitucional, de la Suprema y del Consejo de Estado, en relación al Sistema de Riesgo Laborales, es poco o nulo el aporte que se ha realizado en torno a la afiliación y cotización de los trabajadores independientes y por tanto la remisión que a los casos resueltos de trabajadores con contrato laboral ha de realizarse en lo que pueda semejarse, tal como acá se ha intentado, pues como ya quedó sentado, existe unas diferencias sustanciales en cuanto al contrato laboral y el de prestación de servicios que no permitirán hacer una aplicación extensiva de estas sentencias de forma absoluta en cada uno de los aspectos, por lo que es grande el espacio que legal y jurisprudencialmente debe ser llenado para ver materializados los principios de la eficacia, universalidad y solidaridad en materia de riesgos laborales de los trabajadores independientes.

Conclusiones.

- Los trabajadores informales (carentes de cualquier tipo de contrato) que integran el grueso de la población ocupada en casi el 50%, aunque realizan actividades económicas, lo hacen desprovistos de cualquier clase de aseguramiento, pues el sistema normativo actual (Ley 1562 de 2012 y Decreto 723 de 2013), no se encuentra preparado para brindarles ningún tipo de protección, pues dicho decreto reglamentario, lejos de aportar en la regulación de la afiliación y cotización de los trabajadores independientes y de los informales que carecieran de un contrato formal, omitió cualquier desarrollo y de esta forma no cumplió con el mandato de la Ley 1562 de 2012 que delegaba en aquel este

impulso legislativo necesario, limitándose así a regular lo correspondiente a los trabajadores independientes con contrato formal únicamente, aun cuando todos: los trabajadores independientes con contratos formales, los contratistas, y los que carezcan de aquel, son sujetos de protección de la Seguridad Social.

- Aunque la normatividad del contrato de prestación de servicios, que rige el vínculo en los trabajadores independientes y contratistas, no exige formalidad especial para su validez, permitiéndose de esta forma su libertad entre lo verbal y escritural, la normatividad actual de Riesgos Laborales de los trabajadores independientes, establece que los únicos contratos que originan la obligación de afiliación a riesgos laborales, deberán contar con la formalidad del escrito, junto con la determinación de la duración del contrato o los extremos del vínculo contractual, la forma como se ejecutarán las actividades (obligaciones de las partes) y el lugar en el cual se cumplirán aquellas.

- La actual normatividad infortunadamente al abrir la puerta de afiliación a los trabajadores independientes y a los informales que de forma **voluntaria** quieran hacer la afiliación, no reglamentó la forma en la cual se realizaría, **omitiendo los límites en los cuales podrá empezarse a realizar estas afiliaciones**, y observándose que ante dicha omisión se nieguen repetidamente las afiliaciones voluntarias que carezcan de las formalidades arriba citadas, bajo el argumento de desconocerse el riesgo que se iría a asegurar.

- Debiera bastar para la afiliación voluntaria de los trabajadores independientes y los informales al sistema de riesgos profesionales, que se adjunte una relación de actividades desarrolladas dentro del ejercicio de sus contratos, acorde con la actividad económica registrada en el Registro Único Tributario - RUT, así como el señalamiento de los lugares de frecuente ejecución de dicha actividad, limitantes que podrían generar un mayor volumen de afiliados independientes con afiliación voluntaria y por tanto ampliación de la base de cotizantes, como era el espíritu normativo del artículo 11 del Acuerdo 5° del 2001 emitido por el Ministerio del Trabajo, norma actualmente derogada.

- Con el fin de materializar la universalización en la cobertura de los Riesgos Laborales de la totalidad de Trabajadores independientes e incluso de informales, podrá implantarse herramientas legales como las creadas en el artículo 32 de la Ley 1562 de 2012, es decir las “visitas en situ” para las cuales se creó a la Comisión Especial de Inspectores de trabajo para la prevención y promoción de los riesgos laborales y el Sistema Nacional de Inspectores de Trabajo, quienes se encuentran autorizados en realizar las visitas en los lugares en los que se desarrollará la labor, todo esto una vez se obtenga el desarrollo reglamentariamente omitido por el Decreto 723 de 2013.

- Atina la normativa actual de Riesgos laborales, en unificar los límites en el monto de las cotizaciones, tanto para los vinculados por contrato de trabajo, los vinculados como servidores públicos y quienes cuenten con contrato de prestación de servicios, por que preserva de esta forma el principio de la igualdad entre iguales, así mismo acierta la normativa en el hecho de aclarar que aunque el responsable en el pago de la cotización sea el contratista independiente, en el evento de omisión de afiliación por parte del contratante será éste último el llamado a responder de las contingencias y prestaciones que puedan

generarse por la enfermedad, invalidez o muerte durante o con ocasión al contrato que sufre el contratista independiente.

- Analizadas las actuales normatividades en materia de Riesgos Laborales, a la luz de los principios de la Seguridad Social como el de la igualdad, progresividad y universalidad, se encuentra que en poco se dio su aplicación para los trabajadores independientes e informales, los cuales históricamente han sido objeto de exclusión de cualquier clase de política protectora en materia de riesgos profesionales ya que, lejos de ser **incluyente** de los trabajadores independientes e incluso a los informales (grueso de la población ocupada colombiana), generó una limitante en muchos de éstos, que aun teniendo la solvencia para generar un aseguramiento del riesgo en sus actividades o sus servicios prestados, deben quedarse sin aquel cubrimiento, por carecer del contrato formal que afirma la normativa debe ser presentado para la afiliación de este grupo.

- La labor realizada por los trabajadores independientes, rompe drásticamente con el esquema de responsabilidad objetiva en cabeza del empleador, así como de la reparación de perjuicios que encierra la teoría del riesgo, toda vez que en dicha persona (trabajadores independiente/contratista/e incluso informales), confluyen las dos calidades: la de trabajador y la de patrono o empleador; asumiendo de esta manera, por su cuenta y riesgo, las eventualidades y contingencias, que se pudieren presentar, tales como, enfermedades profesionales, muerte e invalidez en el trabajo, y es justo acá, frente a dicho incremento en responsabilidad para el trabajador independiente, que se hace necesario un robustecimiento del sistema de riesgos laborales, que le asegure el cubrimiento de dichas contingencias, pero frente a dicha problemática la reciente normatividad de riesgos profesionales, tampoco generó ningún adelanto.

- En torno a las consecuencia de la no afiliación al sistema de riesgos laborales, la protección superior que plantea como irrenunciable el derecho a la Seguridad Social, operará en igual sentido para trabajadores vinculados laboralmente como para independientes y contratistas, y por tanto la obligación del empleador en afiliarse a su trabajador será de la misma entidad, que la obligación del contratante en afiliarse al contratista, pues en ese mismo sentido se entiende el espíritu de la actual norma y por tanto, la omisión de afiliación generará las mismas consecuencias del empleador incumplido, en el contratista que omitiera este mismo deber legal.

- Deberá realizarse una aplicación analógica a los trabajadores independientes, de los planteamientos jurisprudenciales por los que se conoce que, las responsabilidades que son asumidas por el Sistema General de Riesgos Laborales, son de “carácter eminentemente objetivo” y que *“basta al beneficiario de las prestaciones que de ella se desprenden, acreditar el vínculo laboral y la realización del riesgo con ocasión o como consecuencia del trabajo”* para que operen aquellas; pues para este grupo de trabajadores (carentes de un contrato superior a un mes con las formalidades indicadas atrás), que les sobrevenga la enfermedad o accidentes realizando las labores para las cual fue contratado, tendrán igualmente que acreditar que ese riesgo fue con ocasión o causa del trabajo, y de esta manera se elimina el argumento que actualmente impide la afiliación de estos, claro está, luego que se logre la materialización de la normatividad que regule a estos independientes, ya que como bien se afirmó arriba el Decreto 723 de 2013 no tuvo por objeto la reglamentación de la afiliación de estos, dedicándose únicamente a establecer las reglas de

la afiliación, cobertura y pago de aportes en el Sistema General de Riesgos Laborales de las personas vinculas a través de un contrato formal de prestación de servicios.

- La entidad e importancia que tiene una buena reglamentación de Riesgos Laborales de los trabajadores independientes, evita que el contratante corra con las consecuencias indemnizatorias prestacionales por pactar mediante contrato de prestación de servicios, como ocurría cuando el Sistema de Riesgos laborales de los independientes era completamente voluntario, reconociendo como avance que, el hecho de **ordenar como obligatorio** el aseguramiento de los trabajadores independientes con contratos formales superiores a un mes, ha generado el aumento de un millón de afiliados al sistema de Riesgos laborales en lo corrido del primer semestre del 2013, en los sectores de más alta accidentalidad como el de la construcción y el minero.

- En síntesis, observadas las sentencias de la Corte Constitucional, de la Suprema y del Consejo de Estado, en relación al Sistema de Riesgo Laborales, es poco o nulo el aporte que se ha realizado en torno a la afiliación y cotización de los trabajadores independientes y por tanto la remisión que a los casos resueltos de trabajadores con contrato laboral ha de realizarse en lo que pueda semejarse, tal como acá se ha intentado, pues como ya quedó sentado, existe unas diferencias sustanciales en cuanto al contrato laboral y el de prestación de servicios que no permitirán hacer una aplicación extensiva de estas sentencias de forma absoluta en cada uno de los aspectos, por lo que es grande el espacio que legal y jurisprudencialmente debe ser llenado para ver materializados los principios de la eficacia, universalidad y solidaridad en materia de riesgos laborales de los trabajadores independientes.

BIBLIOGRAFÍA.

ARENAS MONSALVE, GERARDO. (2012). *El derecho colombiano de la seguridad social*. Bogotá: Legis.

AYALA CÁCERES, CARLOS LUIS. (2004). *Legislación en salud ocupacional y riesgos profesionales*. Bogotá: Salud Laboral.

AYALA CÁCERES, CARLOS LUIS (2012). *Conferencia impacto de la Nueva ley de Riesgos Laborales. Ley 1562 de 2012*. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=1dUsmVOKhJY>

Boletines del Departamento Administrativo Nacional de Estadística – DANE, Colombia, Recuperado de http://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_informalidad/re_ech_informalidad_mar_may2013.pdf

CORTEZ GONZÁLEZ, JUAN CARLOS. (2013). *Régimen de Riesgos Laborales en Colombia. Análisis comparativo del articulado de la reforma*. Bogotá, D.C.: Legis.

Consejo de Estado, Sentencia No. Interno 30193 (2008)

Consejo de Estado, Sentencia No. Interno 15399 (2006)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C- 406 (1992)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-177 (1998)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-382 (1998)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-848 (1999)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-875 (2004)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-858 (2006)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-351(2006)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-018 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia 22656 (2005)

DUQUE MOSQUERA, CESAR AUGUSTO. (2013). *Independientes-afiliación a riesgos laborales*. Recuperado de http://consultaslaborales.com.co/index.php?option=com_content&view=article&id=357:riesgos-laborales&catid=1:laboral&Itemid=86

Finanzas personales.com.co. (2013). *Como afiliarse a riesgos profesionales como independiente*. Recuperado de <http://www.finanzaspersonales.com.co/guias-basicas/articulo/como-afiliarse-riesgos-profesionales-como-independiente/43082>

FRANCO IDARRAGA, HERNANDO. (1998). El moderno concepto de riesgos profesionales. *En: Colegio de Abogados del Trabajo: El derecho del trabajo y la seguridad social: Realidad y proyecciones*. Bogotá: Legis.

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, JAVIER LEONARDO. (2006). *Estado actual del sistema General de Riesgos Profesionales en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Ministerio de la Protección Social. *Sistema general de riesgos profesionales: Legislación, 2008*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Ministerio de la Protección Social y Consejo Superior de la Judicatura. *Novedades en el Sistema General de Riesgos Profesionales, memorias convenio interadministrativo 0427 de 2007*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Trabajo y Protección Social, Decreto 1295, 22 de junio (1994).

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y Ministerio de Salud, Decreto 1772, 3 de agosto (1994).

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Acuerdo 005 (2001).

Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ministerio de Protección Social, Decreto 2800, 02 de octubre (2003).

Ministerio de la Protección Social, Decreto 3615, 10 de octubre (2005).

Ministerio de Salud y Protección Social y Ministerio del Trabajo, Decreto 723, 15 de abril (2013).

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social & Procuraduría General de la Nación. *El arte de los riesgos profesionales: Una perspectiva crítica*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.

Ministerio de la Protección Social. *Sistema General de Riesgos Profesionales 2008*. Bogotá, D.C.: Imprenta Nacional.

Ministerio de Trabajo y Seguridad Social & Sociedad Colombiana de Medicina del Trabajo. *Enfermedades profesionales: Protocolos para su diagnóstico*. Bogotá, D.C.: Imprenta Nacional.

PUYANA BELTRAN, CARLOS AUGUSTO. (2012). *La Tutela en salud y riesgos laborales*. Bogotá D.C: Leyer.

PUYANA SILVA, ALFREDO. (2008). *El sistema general de riesgos profesionales en Colombia*. Bogotá, D.C.: Editorial Universidad Externado de Colombia.

RENGIFO O, JESÚS MARÍA. (1989). *La seguridad social en Colombia: Legislación colombiana de los seguros sociales*. Bogotá: Temis.

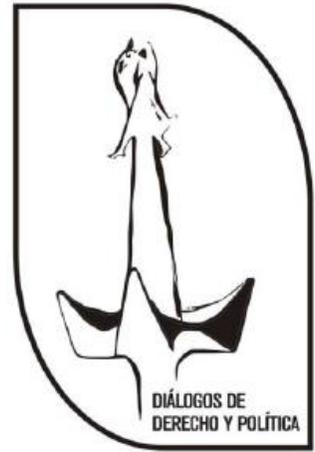
República de Colombia. Ministerio de la Protección Social (2009). *Población ocupada en Colombia 2007-2009*. Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/images/stories/mercadodetrabajo/total%20nacional/16EVOLUCIONDELAPOBLACIONOCUPADA2007-2009TOTALNACIONAL.pdf>

República de Colombia. (2013). *Gobierno en línea. Afiliación al sistema general de riesgos laborales de los trabajadores independientes*. Recuperado de

<https://www.gobiernoenlinea.gov.co/web/guest/home//governmentsservices/12715/maximized>

República de Colombia. Ministerio del Trabajo. (2013). *Ni un solo trabajador por fuera del sistema de protección social*. Recuperado de <http://www.mintrabajo.gov.co/riesgos-laborales.html>

Resolución 15 de 1993 de la OIT. Recuperado de http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---stat/documents/normativeinstrument/wcms_087564.pdf



Apreciaciones frente a cambios en los proyectos de vida de las víctimas indemnizadas en el marco del decreto 1290 de 2008. ¹

Fredy Mejía Ceballos

Trabajador social y Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Antioquia.

¹ Artículo elaborado para optar al título de Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la Universidad de Antioquia, 2013.

Resumen.

El presente artículo pretende realizar un acercamiento a ciertos cambios presentados en los proyectos de vida de algunas personas que han sido reparadas económicamente bajo el marco del decreto 1290 de 2008, a la luz de la ley de Justicia y Paz en el municipio de Segovia Antioquia.

En primera instancia, se hace un acercamiento al contexto histórico de violencia en la región del Nordeste Antioqueño durante las últimas décadas, para evidenciar las percepciones que algunas de las víctimas de paramilitares en el municipio, tienen con relación a la reparación administrativa que ya recibieron; al final, a manera ilustrativa, se identifican tres casos particulares de víctimas, que vieron alterados sus proyectos de vida después del hecho violento y con la posterior reparación.

A partir de un trabajo investigativo en el municipio, basado en entrevistas realizadas a personas que han sido reparadas, se pueden establecer como algunas han mejorado sus condiciones cotidianas y como, por el contrario, otras se encuentran en una situación adversa a lo catalogado como calidad de vida.

Al final del artículo se realiza una serie de reflexiones sobre lo que han implicado para el municipio de Segovia y, para la región, los cambios en los proyectos de vida de algunas de las víctimas de grupos paramilitares, acogidos por el decreto 1290 de 2008, para acceder a una indemnización por reparación administrativa.

Palabras clave: Proyecto de vida, contexto violento, reparación administrativa.

Apreciaciones frente a cambios en los proyectos de vida de las víctimas indemnizadas en el marco del decreto 1290 de 2008

Contexto histórico.

El municipio de Segovia está ubicado en el nordeste antioqueño, en la zona que junto con el municipio de Remedios, es conocida como Distrito Minero, esto porque la principal actividad económica es la minería y, por sus grandes yacimientos auroargentíferos (oro y plata), llegan a producir el 70% del oro en el departamento, convirtiéndose al tiempo en la región de mayor explotación del mineral en Colombia.

Ha sido azotado por cruentas épocas de violencia, especialmente en el periodo comprendido entre los años 1982 y 1997, época en la que se vivió la mayor vulneración de Derechos Humanos por parte de organizaciones paramilitares, las cuales perpetraron desde masacres colectivas, como la de 1988 con un saldo de 43 víctimas, hasta masacres selectivas, como la que arrojó un saldo de más de 300 víctimas entre marzo y octubre de 1997.

En la década de 1960, presionado por los grupos económicos reinantes como las empresas mineras, las paneleras y los medianos ganaderos, que se estaban viendo afectados por el accionar de la guerrilla, el Estado hizo presencia por primera vez en el nordeste antioqueño, militarmente hablando; después, a principios de la década de los 70's, esa presencia fue decisiva en operaciones que atacaron al ELN, a mediados de la misma década, se instaló el batallón Miguel Antonio Caro y a finales de ese mismo año se creó la base militar del batallón Bomboná, todo esto, bajo las directrices de la V Brigada que tenía sede en Bucaramanga, pero en los años 80's, por cuestiones prácticas de efectividad, fue puesto a órdenes de la IV con sede en Medellín.

Para el año 1982, en el Nordeste y el Magdalena Medio, comenzó a operar la primera manifestación de paramilitares en la región haciéndose llamar MAS, Muerte a Secuestradores, bajo el mando del batallón Bomboná²; no es ninguna coincidencia que un año atrás, en 1981, las FARC, apoyando al golpeado ELN, hayan incursionado en la zona del Nordeste, provenientes del Magdalena Medio, para asaltar al mayor comprador de oro de Segovia y secuestrar al hacendado Jesús Castaño, padre de Carlos y Fidel en el mismo año.

De ahí en adelante, unas autodefensas fortalecidas por el apoyo logístico, ayuda militar y el entrenamiento del ejercito de la decimocuarta brigada, activada en Puerto Berrío el 3 de abril de 1983, por disposición N° 004 del Ministerio de Defensa Nacional, el apoyo económico de los ganaderos del Magdalena Medio y la alianza que hicieron con el narcotráfico, ampliaron su área de influencia llegándose a consolidar como una fuerza muy determinante en la región y cambiando de nombre según la época y la zona; ello conllevó a que se diera la primer masacre en el año 1983 en inmediaciones de Segovia y Remedios, luego, con el grupo MRN, Muerte a Revolucionarios del Nordeste, perpetraron la masacre

² Instituto de Estudios Regionales – INER-, Nordeste, Desarrollo regional: una tarea común Universidad – región, Medellín, Universidad de Antioquia, 2007, p. 87.

de 1988 en Segovia con un saldo de 43 víctimas bajo las directrices del político Cesar Pérez García.

Luego, en una bravía secuencia, aparecieron las ANA, Autodefensas del Nordeste Antioqueño en 1991; la FPA, Fuerza del Pueblo en Acción en 1994; la Macogue, Muerte a Comunistas y Guerrilleros en 1996; el GAN, Grupo de Autodefensas del Nordeste en 1997; entre otros. En total, según registros del Instituto de estudios Políticos³, entre 1985 y 1998 fueron registradas 16 masacres en el Nordeste, de las cuales una fue atribuida a la guerrilla y el resto a paramilitares y a grupos no identificados.

Mientras todo esto ocurría, se iba gestando la resistencia de las organizaciones de la izquierda social y política, quienes a pesar de la contundencia de las acciones bélicas de los grupos armados, encontraron mecanismos de protesta y de denuncia; es así que, inspirados por personajes como los párrocos de Segovia y Remedios, quienes denunciaron la masacre de 1983 resaltando la responsabilidad de la fuerza pública, se gestionó la creación de la comisión de Derechos Humanos en los años 90', se hizo denuncia mediante comunicados públicos de rechazo en los que se reivindicó la palabra como medio de resistencia frente a la dinámica de terror y silencio impuesto.⁴

Claro está que no tardó mucho la reacción de los violentos frente a estas manifestaciones de resistencia, es así como se dio inicio a un proceso de exterminio hacia los militantes de organizaciones como los sindicatos, la UP, el PCC y el mismo Comité de Derechos Humanos, asesinando a una gran cantidad de ellos, desapareciendo a otros tantos y haciendo desplazar a los demás o, en el mejor de los casos haciéndolos renunciar a sus principios doblegando así la resistencia colectiva.

De estas acciones, se recuerdan con dolor en el municipio de Segovia, el asesinato en 1997 de dos dirigentes sindicales, Nazareno Rivera "Neno" y Jaime Ortiz, miembros del comité, en condiciones que generaron mucho impacto; el asesinato de Margarita Guzmán, una funcionaria que ya había renunciado al comité de Derechos Humanos y que fue ultimada en su oficina, en la alcaldía municipal en 1997 y, quizás el más recordado e impactante, fue el asesinato del profesor Ramiro Zapata, el 3 de mayo de 2000 quien fue torturado en un vehículo mientras lo llevaban por las calles del municipio y así lo hizo saber con sus gritos de denuncia en el macabro recorrido.

Con todo esto, no es extraño que la defensa de los Derechos Humanos en Segovia, al menos la gestión realizada por el comité, haya llegado prácticamente a su finalización, teniendo en cuenta que los pocos defensores que resistieron hasta el final y que sobrevivieron al exterminio, se vieron obligados a dejar el pueblo, en algunos casos más por el temor a represalias en contra de sus familiares como en efecto ocurrió, que por el temor a los atentados en contra de sus propias humanidades, mientras que otros tantos, sin salir del pueblo en una última muestra de rebeldía, renunciaron a sus pretensiones, esperando tal vez, una época en la que el silencio no sea una constante frente a la barbarie.

Hoy en día, es casi una utopía, pensar que en el municipio de Segovia, se pueda siquiera mencionar el concepto de Derechos Humanos, sin antes mirar hacia todos lados y decirlo

³ *Ibidem*, p. 91.

⁴ Grupo de Memoria Histórica, *Silenciar la Democracia, las masacres de Remedios y Segovia 1982-1997*, Bogotá, Colombo Andina de Impresos S.A, 2011, p.208.

con la voz muy baja y teniendo muy presente que con quienes se aborda el tema, son personas de plena confianza.

Contexto actual.

Más de mil quinientas personas reparadas bajo el marco del decreto 1098 de 2008, a la luz de la ley de Justicia y Paz en el municipio de Segovia, obedeciendo a un promedio de cuatro personas por familia, y que en total, según datos suministrados por la Personería Municipal, no llegan a la mitad de los que están en espera de la misma reparación, ofrecen un panorama aproximado a la cantidad de actos violentos que han enlutado al municipio en un periodo de tiempo que no sobrepasa las tres décadas.

Estas cifras, alarmantes en un sentido inicial, pero que no difieren mucho de otras zonas del país golpeadas por la violencia, preocupan mucho más a la población, según lo expresara un ex alcalde para este artículo, porque muchos de estos actos violentos se han hecho con la complicidad de agentes estatales que gozaron en su momento de gran aceptación política en la región; así lo demuestra la condena que recientemente se dictó al ex parlamentario César Pérez García, a quien se identificó como autor intelectual de la masacre de 1988 que dejó un saldo de cuarenta y tres víctimas, condena en la que además se cuenta a militares que hoy purgan penas por los mismos hechos y otros, sobre quienes cursan otras investigaciones.

En la actualidad, el municipio de Segovia se encuentra inmerso nuevamente en una situación de extrema violación a los Derechos Humanos, reflejada en los más de 260 asesinatos que se han presentado en lo corrido del año 2012⁵, claro está que en el contexto actual, esta situación obedece a la incursión de grupos armados que se enfrentan entre sí en la lucha por ganar el territorio y con él, la explotación ilegal de las minas, asociada a las extorsiones a las empresas mineras y a los compradores de oro, que se han convertido en su mayor fuente de financiación.

A esto se suma un proceso de desplazamiento forzado del que viene siendo víctima una considerable parte de la población, especialmente en el área rural, conformada por treinta y seis veredas y el corregimiento de Fraguas, lugar del cual se han desplazado el mayor número de personas, así como de veredas aledañas, como es el caso de El Cenizo, asentamiento afro descendiente que según la oficina de Desarrollo Comunitario, adscrita a la alcaldía municipal, ha pasado en menos de cinco meses de tener una población identificada de sesenta y seis familias a sólo seis.

Con todo esto, son innumerables en Segovia, las personas que han sido víctimas de la violencia armada en la región, generando descontento y una pérdida sustancial de la credibilidad en la institucionalidad, sin embargo, un gran número de ellas, esperan “(...) recibir la platica que el gobierno le da a uno por los muertos (...)”⁶.

Contexto normativo. Así ven las víctimas en Segovia la reparación administrativa.

Desde sus inicios, la ley 975/05, “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, que contribuya de manera efectiva a la

⁵ El Espectador.com, noviembre 28/12.

⁶ Entrevistado N° 9.

consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”, ha sido blanco de diversas críticas por parte de autores que como Liz Arévalo Naranjo sostiene: “desde nuestro punto de vista, la ley de Justicia y Paz, en vez de ayudar a la construcción de procesos que contribuyan a la paz, ha configurado un escenario que favorece la revictimización y el mantenimiento de una organización del mundo social basada en la utilización de la violencia como forma de relación.”⁷.

Así mismo, la ley 975/05, ha encontrado algunos defensores que ven en sus disposiciones, la oportunidad de reparar, al menos en parte, el daño causado por los grupos armados organizados al margen de la ley, sin dejar de tener presente que, según resultados arrojados por la Encuesta Nacional, “¿*Qué piensan los colombianos después de siete años de Justicia y Paz?*”, elaborada por el Centro de Memoria Histórica en el 2012, gran parte de la responsabilidad por los actos de los que fueron víctimas, recae sobre agentes del Estado por su participación directa.

Por su parte, el decreto 1290 de 2008, Por el cual se crea el Programa de Reparación Individual por vía Administrativa para las Víctimas de los Grupos Armados Organizadas al Margen de la ley, expedido a partir de la gran cantidad de personas presentadas a los procesos de la ley de Justicia y Paz, cuenta también con defensores y con detractores que, de acuerdo a cada contexto, inclina la balanza hacia uno u otro lado de aceptación o rechazo o, por el contrario, mantienen los criterios en una paridad digna de análisis de los que ya se ocuparan los estudios psicosociales.

Así, con los antecedentes violentos en Segovia, no es una sorpresa hallar versiones encontradas acerca de la favorabilidad con que cuentan la ley de Justicia y Paz y el mencionado decreto 1290/08 en la región del nordeste antioqueño, se pueden enunciar situaciones que se suscitan a partir de las indemnizaciones entregadas bajo el marco de los mismos y a la luz de un fenómeno de consumismo propio de las zonas mineras; es así como en el municipio de Segovia, se encuentran acérrimos defensores de la ley, porque consideran que fue la mejor oportunidad que tuvieron para mejorar sus condiciones de vida después de un episodio trágico que los dejara marcados.

A la luz de esta afirmación, se hace necesario consignar declaraciones como la de uno de los entrevistados para el artículo, que se refiere a la reparación administrativa, como la herramienta que lo llevó a cumplir uno de sus más grandes sueños:

*“Yo toda la vida había soñado con comprar una moto, pero no una moto de esas comunes, sino una moto grande, de más de 200cc y, como mi mamá y yo demandamos la muerte de mi papá, nos dieron una platica con la que me pude comprar la moto que quería, claro que nos tocó esperar mucho porque el gobierno no le corre sino a los que tienen plata...”*⁸

En otro de los apartes de la entrevista, manifestaba, en sus propias palabras, que el gobierno acertó al promulgar una ley que entregue reparaciones económicas, porque resulta ser de gran ayuda para las víctimas que se atreven a demandar, porque no todos lo hacen por

⁷ Arévalo Naranjo Liz, Atención y Reparación Psicosocial en Contextos de Violencia Política, una mirada reflexiva, línea de investigación de demandas e intervención psicosocial de la Universidad Central, 2010, P.35.

⁸ Entrevistado N° 4.

miedo. Manifestaba también: *“yo si recuerdo a mi papá y todo, pero cuando las cosas van a pasar pasan y ya, si a él no lo hubieran matado, yo no tendría mi moto”*.⁹

Así, la llamada ley de Justicia y Paz, desconocida por la mayoría de las víctimas, al menos en sus lineamientos teóricos, y confundida recurrentemente con el decreto 1290/08, que es el que rige la reparación administrativa, ha sido motivo de diversas percepciones que frente a ella han manifestado las personas que acceden a la reparación administrativa; esto, soportado en elementos de discusión, emanados en las diferentes apreciaciones de quienes aportaron su conocimiento y sus opiniones personales de acuerdo a lo vivenciado en el proceso de la reparación.

En este sentido, se encuentran expresiones como *“(...) esa ley lo único que hace es dejar a los asesinos limpios de culpa y que se burlen de las víctimas porque no pueden hacer nada para que ellos paguen (...)”*¹⁰.

Por otro lado, y de manera contradictoria, deben consignarse también las versiones que dejan ver a la ley de Justicia y Paz como un elemento burocrático que permite la impunidad de los hechos violentos acaecidos con tanta recurrencia en el municipio y que dejaron tantas personas expuestas al abandono y a la exclusión social por la desaparición de las cabezas visibles y responsables de las pequeñas sociedades llamadas familias; tal es el caso de otro de los entrevistados, que relata así su percepción frente a la reparación:

“Cuando mataron a mi mamá, según dijeron ellos (los paramilitares), que había sido por error, mis dos hermanos y yo nos quedamos sin saber que hacer porque ella era la que veía por nosotros y yo que era la mayor, estaba muy pequeñita y tenía mucho miedo...”, -pausa-, “de todas maneras, ahí con la ayuda de una tía fuimos creciendo y saliendo adelante y cualquier día nos recomendaron demandar para que nos pagaran a mi mamá, yo no quería pero mi tía y mis hermanos me dijeron que lo hiciéramos porque igual mi mamá no iba a volver pero que no le dejáramos la plata al gobierno ya que habían sacado esa ley; cuando nos dieron esa plata, le dimos la mitad a mi tía y lo otro nos lo repartimos, eso nos lo gastamos en arreglos a la casa pero eso de la verdad y no sé qué dice la ley, para qué, si esta es la hora que no han hecho nada y el que mató a mi mamá sigue por ahí como si nada, entonces a uno lo callan con plata y listo, valiente gracia”.¹¹

Otras percepciones encontradas entre habitantes de Segovia, víctimas de los grupos armados organizados, que ya han sido reparados administrativamente, permiten deducir que hace falta una mirada más profunda hacia esta región, para que, como lo expresara un ex-alcalde del municipio para este artículo, *“...llegue una orientación de cierta manera empresarial, para que la gente, primero sepa qué hacer con el dinero que recibe y segundo, incluya el olvido como parte de la sanación...”*¹².

Sin alejarse de las percepciones acerca de la reparación administrativa, y, en aras de demostrar alguna tendencia al cambio en los proyectos de vida después del suceso violento y de la misma reparación, se han de consignar en este artículo, particularidades de la región

⁹ Ibídem.

¹⁰ Entrevistado N° 1.

¹¹ Entrevistado N° 5.

¹² Entrevistado N° 2.

que la mayoría de los moradores suelen relacionar como elementos culturales propios de las zonas mineras, estos influyen, en gran manera, en la destinación que en términos generales se le da a la indemnización recibida como reparación a las víctimas.

Algunas prácticas distintivas de los pobladores del municipio de Segovia, y que no los diferencian de otras zonas mineras del país, obedecen a tradiciones y costumbres que han sabido llegar a la región traídas por personas de todas las regiones que hacen presencia en el municipio, como son la Costa Caribe, el Valle del Cauca, las zonas ribereñas, el Litoral Pacífico, el Bajo Cauca Antioqueño, entre otras.

También puede decirse que han sido heredadas por los propios de la región, mediante históricas incursiones extranjeras como fue la colonia de los españoles y la llegada de la empresa Inglesa Frontino Gold Mines, o porque han sido adoptadas a través de los medios de comunicación que hoy en día se transfiguran en una muy fuerte influencia, sobre todo para los más jóvenes.

Es así como en la región, no sorprende el que muchas personas hagan grandes esfuerzos por adquirir elementos que, atendiendo al concepto de la Real Academia Española, contribuyen a esa “tendencia inmoderada a adquirir, gastar o consumir bienes, no siempre necesarios”, como es el caso más visible de las motos; muchos de los jóvenes del municipio abandonan sus estudios para trabajar en las minas y, de esta manera conseguir lo suficiente para comprar lo que muchos consideran un elemento de primera necesidad.

A la luz de las mismas aseveraciones, se presentan en el municipio de Segovia, con mayor celeridad que en muchas otras partes del país, tendencias consumistas que van por el orden de la adquisición de elementos de última tecnología, zapatos y ropa de marcas reconocidas como de excelente calidad y elevados costos y, posiblemente lo más grave para la población segoviana, sin distinción de edad, el acceso a sustancias psicoactivas especialmente el alcohol, el cual es consumido en niveles alarmantes.

Percepciones como estas, son las que permiten dilucidar que muchos de los beneficiados con la ley 975/05, la han visto como el puente entre un episodio que los marcó de manera violenta y el momento en que consiguieron lo que alguna vez pensaron que les costaría mucho trabajo o, por lo menos, mucho tiempo conseguir por sus propios medios sin que mediara una alternativa foránea y mucho menos del Estado colombiano, conocido por demás en el medio, como un agente corrupto y explotador antes de ser un ente favorecedor.

El problema que debe ocupar al presente artículo en cuanto a prácticas consumistas se refiere, es que muchas de las personas reparadas administrativamente, invierten la indemnización en estos elementos que contribuyen a una satisfacción personal momentánea y, que al pasar el momento de euforia por lo conseguido o, como también es muy común en la región, cuando ya no tiene el valor inicial, sea por su desgaste o porque ya en el mercado hay algo más novedoso, pasa a un segundo plano y el rencor por el pasado suceso violento, vuelve a hacer parte de la cotidianidad. Es así como lo manifiesta uno de los cientos de indemnizados, quien afirma:

“Cuando a mí me entregaron lo que me tocó por la muerte de mi papá, me compré una moto muy buena, mi hermana y mi mamá, organizaron la casa que se estaba cayendo y las escrituras las hicieron a nombre de las dos, yo estuve de acuerdo porque yo no quería sino la moto y yo sabía que no me iban a sacar de la

casa, pero una vez le presté la moto a un amigo y este se la prestó a otro, ese se metió una estrellada que la dejó toda vuelta nada, tanto que vale más arreglarla que comprar una nueva y, como nadie me respondió, ahí me quede sin moto, sin casa, aunque vivo en ella, y ahora es que me acuerdo más de la muerte de mi papá y me da pena con mi mamá y mi hermana porque ellas son muy juiciosas y alguna vez mi hermana me dijo que si no me ponía a pensar qué pensaría mi papá viéndome así”¹³.

Por otro lado, en uno de los casos consultados, fue algo muy atípico, al menos para los niveles educativos encontrados, entre los hasta ahora indemnizados, que son en su mayoría, personas con estudios de primaria, encontrar declaraciones de una mujer de treinta y cuatro años, quien recibiera una indemnización de más de veinte millones de pesos, como reparación por el asesinato de su esposo, quien declaró:

“(…) con la plata que yo recibí por la muerte de mi esposo, me puse a pensar que si me la gastaba como la mayoría de los que conozco, arreglando la casa o comprándome una moto o un carro, eso va a ser algo que me recuerde que el gobierno quiere que a uno, con plata, se le olvide lo que ellos mismos permitieron que ocurriera en este pueblo; yo pensé que con eso lo que hago es hacerle un monumento a los “paracos”, porque cuando vean mi casa por ejemplo, van a decir que eso es lo que ellos aportan al progreso, eso no es difícil de escuchar de esos bandidos (…)”¹⁴.

Esta declaración se corrobora con otras, en las que se coincide al advertir que algunos ex miembros de grupos paramilitares, han manifestado que la ley 975/05 es algo que a ellos como actores armados, les ha hecho justicia, porque lo de ellos fue una lucha muy justa en contra de la desigualdad social y que es por eso que lo que consigan quienes fueron sus víctimas, en parte, deberían agradecerse a ellos¹⁵.

Proyectos de vida antes y después de la reparación administrativa.

Es una constante en los seres humanos, conscientemente o no, tomar caminos que los llevan a adquirir compromisos con la sociedad, modos de comportamiento que obedecen a una conducta entre iguales, es decir, se hace lo que otros hacen y con eso es suficiente para hacer parte de un engranaje necesario para subsistir; sin embargo, cuando esos comportamientos contribuyen a marcar una dirección para su propia existencia, se programan ciertas acciones, encaminadas a la realización personal, regidas por la conciencia y el anhelo de hacer la diferencia.

En una sociedad tan tremendamente golpeada por la violencia, en donde se quedan tantos hijos sin padres, tantas esposas sin esposos, tantos padres sin hijos, suele pasar que esos anhelos de hacer diferencia, se vean diezmados y pasen a convertirse en deseos de sobrevivencia; suele pasar también que algunos proyectos loables de vida, pasen a ser perversas intenciones que buscan desquitarse de una sociedad que quizás, y sólo quizás, no tenga la culpa de la degradación en la que se ven inmersos los otrora gestores de vida y de desarrollo a partir de sus proyectos personales.

¹³ Entrevistado N° 6.

¹⁴ Entrevistado N° 8.

¹⁵ Entrevistado N° 2.

En lo que ocupa a este artículo, se hace especial mención a tres casos en particular, que llaman la atención en cuanto al drástico cambio, surgido a raíz de la pérdida de seres queridos, que experimentaron en sus proyectos personales, afectando con ello a su entorno y menoscabando su afectividad, su aceptación entre iguales y su modo de ver la realidad; es una especie de necrología de los que pudieron ser proyectos de vida prósperos, pero que ahora se pueden configurar en inicuos planes.

El primer caso tiene que ver con un joven de veintiséis años, que hace ocho, presencié el asesinato de su madre en el interior de su propia vivienda; “(...) mi mamá no se metía con nadie, a ella la mataron porque un tipo que era de las autodefensas se mantenía enamorado de ella y mi mamá no le quiso parar bolas, yo tenía dieciocho años cuando ese mismo desgraciado tocó a la puerta y le dijo a mi mamá que se iba a morir por creída, a mí me cogieron y me tiraron al piso con un revolver en la cabeza, callado me tocó ver cómo le metían cinco tiros a mi mamá en el pecho(...)”¹⁶, sin ánimos de entrar en detalles, notablemente dolorosos para el colaborador del artículo, se le indagó acerca de sus proyecciones anteriores al suceso, esto fue lo que manifestó:

“(...) en el colegio yo siempre dije que quería ser un artista, tenía o tengo habilidades para pintar, dibujar y para tallar cosas en madera y en rocas, yo me gané varios concursos y varios trofeos en la feria de la ciencia...en el 2004, cuando mataron a mi mamá, yo ya había salido del colegio hacía dos años y estaba trabajando y ahorrando para irme a estudiar a Medellín, después de eso, lo que hice con los ahorros que tenía fue beber hasta que me los gasté todos, y borracho me iba a insultar a esa gente hasta que un primo mío me aconsejó mucho que dejara la bobada antes que me mataran a mí también.”¹⁷

Con un proyecto de vida claro y, con todas las posibilidades de llevarlo a cabo, el suceso violento, cambió radicalmente la mentalidad de un artista en potencia a tal punto que, según sus declaraciones, el arte, en adelante lo iba a aplicar pero en una situación muy peculiar:

“resulta que cuando me dijeron que demandará la muerte de mi mamá para que me dieran cierto dinero de parte del gobierno, lo hice, y como mi mamá y yo éramos solos, me dieron veintitrés millones de pesos, eso fue este año a principios de marzo, ahí tengo la mayor parte de esa plata guardada hasta que me resulte la compra de unas armas de las que estoy pendiente, me las están consiguiendo en Medellín, pero como estos días eso se calentó mucho por allá, me dijeron que esperara unos mesecitos (...)”¹⁸.

“(...) ¿sabe que voy a hacer con el arte que tengo?, nada, lo que sabía no me sirve de nada, yo lo único que quiero es matar al tipo que mató a mi mamá, yo no sé dónde está ahora porque hace mucho que se voló de aquí, pero sí sé que todavía está vivo..., yo trabajo y vivo normalmente, pero muchas personas saben que mis intenciones no son buenas, al menos para la gente, pero yo estoy convencido de que si son muy buenas, porque cuando logre encontrar a ese asesino, voy a librar a la sociedad de algo que no vale nada, y cuando eso pase, dibujo un autorretrato

¹⁶ Entrevistado N° 7.

¹⁷ Ibídem.

¹⁸ Ibídem.

*matándolo, como los buenos si vamos a la cárcel, que el cuadro sirva de evidencia(...)*¹⁹.

El segundo caso tiene que ver con una mujer de cuarenta y dos años, que quedó viuda cuando tenía veinticuatro, tiene cuatro hijos, tres de su anterior cónyuge y uno del actual; antes del asesinato de su esposo, hace dieciocho años, tenía claro su horizonte en cuanto quería que sus hijos fueran profesionales, de hecho uno de ellos, el mayor, ya se encuentra cursando estudios de ingeniería civil en Medellín, ello lo atribuye a que, según ella, después del suceso violento, el prefirió irse a vivir con una tía, hermana de su papá, que tiene los medios para darle estudio a sus hijos y también a su sobrino.

Con una vida económicamente resuelta con su anterior esposo, reconocido comerciante de la región, no creyó que algún día se vería obligada a dejar sus proyectos, o al menos los que tenía para sus hijos, que, según sus palabras, eran los suyos propios, pero, *“(...) por inexperiencia y por ingenuidad, perdí lo que me había dejado mi esposo y ligero me vi llena de deudas y desesperada por no saber qué hacer”*²⁰. Contrajo matrimonio por segunda vez y con su esposo ambos trabajan y se mantienen relativamente estables, con algunas carencias pero tranquilos.

Al recibir este año, después de realizar el proceso de denuncia bajo el marco del decreto 1290/08, una cantidad cercana a los diez millones de pesos, cantidad que corresponde a una división de la indemnización, pues la madre del occiso también fue reparada, quiso en principio pagar parte de sus deudas, pero, en vez de eso, decidió hacer un generoso aporte a “la causa de su esposo”, como ella lo manifiesta, porque, *“(...) las deudas se van pagando con paciencia, para eso trabajamos y los hijos también ayudan, en cambio, cuando la causa de mi esposo, que mis hijos no conocen, de frutos, yo me voy a sentir tranquila (...)*²¹. El esposo de esta mujer de cuarenta y dos años, milita en las filas de la guerrilla.

El tercer caso hace referencia a un hombre de treinta y siete años quien perdió a un hermano en forma violenta en manos de las autodefensas en el año 1997; según lo manifestó, lo peor de este suceso, fue el tener que darle la noticia a su madre y salir en el mismo momento a recoger el cuerpo en donde había sido informado que este se encontraba; su hermano era casado y su esposa se encontraba en estado de gravidez, era su primer hijo y el primer nieto que esperaba su madre.

Al indagar acerca de algo aproximado a un proyecto de vida antes del suceso, manifestó:

*“(...) en realidad yo no tenía nada planeado para mi vida así como especial, sólo quería trabajar en la mina y hacer vida con alguna mujer, pero eso más adelante, en ese entonces sólo quería dedicarme a vivir bueno, parrandear bastante y gozar con los amigos”*²², frente a esta declaración, se indagó un poco más, acercándolo a la intención académica de la entrevista, esto fue lo que se halló:

“Después de muchas negativas de parte de mi mamá, porque fue la más afectada por muchos años con la pérdida de mi hermano, para hacer las vueltas para lo de la reparación, al final siempre se hizo..., eso todo lo hice yo porque al principio

¹⁹ ibídem.

²⁰ Entrevistado N° 3.

²¹ Ibídem.

²² Entrevistado N° 11

nos dijeron que la demanda la debíamos hacer todos, pero como mi mamá no quería y la cuñada decía que no entendía nada de eso y me puse al frente; ya después cuando dijeron que la reparación solo era para la esposa, yo igual seguí haciéndole las vueltas porque yo lo que quería era que le tocara algo a la niña que ya tiene quince años (...)”.

“ A estas alturas todavía no han dado esa plata, o al menos eso es lo que dice la cuñada aunque yo dudo bastante de eso, pero allá ella, igual yo no espero nada, tampoco mis hermanos, pero si me dolería que ella no le dé nada a mi mamá; en cuanto al proyecto mío de vida, lo que me preguntan, ahora lo tengo claro, yo no soy malo, y ni siquiera sé quién fue el que mató a mi hermano, puede ser que él ya esté muerto también, lo que si tengo claro es que si yo tengo la más mínima oportunidad, y he estudiado mucho para eso, voy a liderar algún grupo que por fin le ponga freno a los paramilitares en el municipio, porque, aunque por fuera digan que eso ya no existe, sólo los que vivimos en Segovia sabemos cómo es la cosa, usted también lo sabe (...)”²³.

De los anteriores tres casos, referenciados por sus particularidades, queda por decir que, como consecuencia de tantos episodios violentos en el municipio de Segovia, algunos proyectos de vida, han experimentado cambios que en gran medida desfavorecen a una sociedad ya de por sí maltrecha; al mismo tiempo, los dineros recibidos por algunas de las personas indemnizadas como parte de la reparación, no han sido invertidos como parte compensatoria por los perjuicios causados por el delito²⁴.

Claro está que, como ya se ha dicho, gran parte de las personas indemnizadas como parte de la reparación administrativa en el municipio de Segovia, han invertido el dinero en artículos que de una o de otra manera mejoran su calidad de vida como son los mejoramientos o compras de vivienda, vehículos, electrodomésticos o en algunos casos en estudios superiores, bien para los mismos indemnizados o para sus hijos o nietos.

Reflexiones alrededor de la reparación administrativa.

Si la reparación administrativa se detiene en lo económico o en lo jurídico, limitando las posibilidades sociales, culturales, psicológicas de las personas reparadas, se puede incurrir en el error que menciona Uprimny al nombrar una cuestión fundamental para entender que “la reparación trata de remediar lo irremediable, justificar lo injustificable, decir lo indecible, olvidar lo inolvidable y perdonar lo que definitivamente, no tiene perdón”.²⁵

Las acciones realizadas en el marco de las reparaciones administrativas han dejado entrever, como ya se ha dicho, una serie de percepciones que pueden diferir en uno o en otro contexto de acuerdo a la magnitud de los cambios experimentados por las víctimas al interior de sus proyectos personales, esto debería servir para que se adelanten procesos de sensibilización en los que se atiendan oportunamente las expectativas que tienen las personas antes de ser reparadas.

²³ Entrevistado N° 11.

²⁴ Adaptación de la definición de Indemnización, Art 8° de la ley 975 / 05. Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados al margen de la ley, que contribuya de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios.

²⁵ Uprimny Rodrigo, ¿Justicia Transicional sin Transición?, Verdad, Justicia y Reparación para Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006.

Una gran parte de las personas que han sido reparadas por vía administrativa en el municipio de Segovia, han invertido sus indemnizaciones, en mejoramientos o en compra de vivienda, se debe hacer una lectura a partir de ahí, teniendo en cuenta que a pesar de los innumerables sucesos violentos presentados en la región, ello no reviste la mayor relevancia para que las personas oriundas del municipio, pretendan dejar la población por asuntos de temor; esta afirmación, además de algunas declaraciones en las entrevistas, dejan por entendido que el citado fenómeno de desplazamiento, obedece a amenazas directas en contra de la población.

Por otro lado, una cantidad también considerable de indemnizaciones, han sido destinadas a motos y a artículos que obedecen a dinámicas de un consumismo instalado en la región minera y que es propio de otras de igual orientación económica, esto debe llevar a la reflexión en cuanto a los referentes sociales y culturales que están siendo seguidos por los jóvenes, teniendo en cuenta también los problemas de movilidad y de seguridad vial.

En el municipio de Segovia, debido a su historial de sucesos violentos, se han identificado personas que aspiran hacer justicia por cuenta propia, esto debe disparar las alarmas institucionales para que se eduque en valores desde los primeros espacios educativos y para que se hagan los controles respectivos en aras de la seguridad ciudadana.

BIBLIOGRAFÍA.

ARÉVALO NARANJO LIZ. Atención y Reparación Psicosocial en Contextos de Violencia Política, una mirada reflexiva, línea de investigación de demandas e intervención psicosocial de la Universidad Central, 2010.

EL ESPECTADOR.COM. <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/articulo-389484-caida-del-zar-del-oro>. Consultado el 28 de noviembre de 2012.

GRUPO DE MEMORIA HISTÓRICA. Silenciar la Democracia, las masacres de Remedios y Segovia 1982-1997, Bogotá, Colombo Andina de Impresos S.A, 2011.

INSTITUTO DE ESTUDIOS REGIONALES. – INER-, Nordeste, Desarrollo regional: una tarea común Universidad – región, Medellín, Universidad de Antioquia, 2007,

RIVERA, CLAUDIO GIOVANNI, JOSÉ DAVID INSUASTY. Apuntes para la reparación y la reconciliación. http://190.7.110.123/pdf/5_revistaZero/zero18/15_Rivera_e_Insuasty_Reparacion.pdf. Consultado el 16 de octubre de 2012.

UPRIMNY RODRIGO. ¿Justicia Transicional sin Transición?, Verdad, Justicia y Reparación para Colombia, Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Bogotá, 2006.



Derechos humanos de las mujeres en la zona nororiental de Medellín alcances y desafíos institucionales y comunitarios.¹

Heidy Cristina Gómez Ramírez

Socióloga, Especialista en Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario de la
Universidad de Antioquia, Candidata a Magíster en Ciencias Sociales,
Universidad Nacional de la Plata, Argentina. 2013

¹ Artículo fruto de las investigaciones personales de la autora.

Resumen.

La violencia contra las mujeres en la ciudad de Medellín, es una constante que ha tenido variaciones en el tiempo y en las formas en que se ejercen estas van desde las violencias simbólicas tradicionalmente naturalizadas, hasta las violencias físicas. El movimiento social de mujeres en la ciudad no ha sido ajeno a esta problemática y ha emprendido acciones concretas que han incidido en la creación de la Secretaría de las Mujeres de Medellín. Si bien esto ha sido un logro importante, es necesario determinar cuál ha sido el aporte de esta Secretaría para que el derecho a la seguridad de las mujeres sea reconocido, tomando como referencia la zona nororiental de la ciudad. Esta es una de las zonas con mayor nivel de organización social y política de las mujeres, quienes implementan acciones concretas a pesar del contexto de conflicto armado e identifican desde un enfoque de seguridad humana, las diversas violencias como también las formas para enfrentarlas a partir de acciones directas o procesos de incidencia territorial y social. Esto contrasta con el hecho de que según datos de la Secretaría de Salud y del Instituto Nacional de Medicina Legal es donde más vulneraciones a sus derechos humanos enfrentan las mujeres. Este análisis se hace a partir de entrevistas a diferentes mujeres que tienen una mirada diversa desde el rol o la función que desempeñan bien sea en la Administración Municipal, en las comunas en que habitan o las organizaciones sociales a las que pertenecen y una revisión de fuentes institucionales que elaboran las estadísticas sobre el tema.

Palabras clave: Derechos humanos de las mujeres, seguridad, seguridad humana, violencia contra las mujeres, acciones colectivas, Secretaría de las Mujeres, Alcaldía de Medellín, zona nororiental, comunas 1, 2, 3 y 4.

Derechos humanos de las mujeres en la zona nororiental de Medellín alcances y desafíos institucionales y comunitarios

Introducción.

La ciudad de Medellín cuenta con una historia reciente marcada por episodios de violencia ligados al fenómeno del conflicto armado y al negocio del narcotráfico, estos, gracias al ejercicio mediático constituyen los hechos de mayor preocupación que dejan de lado las demás problemáticas que enfrentan sus habitantes y más concretamente las mujeres, como son los casos de violencia sexual y violencia intrafamiliar que por lo general no tienen el mismo nivel de visibilización.

En este sentido, es necesario destacar la situación de violencia que enfrentan las mujeres que habitan un territorio específico de la ciudad como es la zona nororiental, en donde al igual que en otros sectores aún hay fuertes indicios de una cultura patriarcal que predomina y establece las formas de relacionamiento. Las niñas y las mujeres jóvenes son quienes están más expuestas a padecer las violencias sexuales, mientras que las mujeres adultas son afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado ya sea rural o intra urbano, igualmente otros asuntos como la explotación sexual y el abuso sexual son variables que han predominado y que en los últimos años han tomado una particular relevancia, según denuncias de diversas organizaciones frente al tema (IPC, 9 de septiembre de 2010; El Tiempo, 10 de septiembre de 2010).

Igualmente se han logrado determinar otras variables como las amenazas y el confinamiento, principalmente por sus compañeros afectivos que pertenecen a los grupos armados ilegales que operan en estos territorios; la violencia intrafamiliar, los feminicidios, la violencia sexual, la drogadicción desde muy temprana edad; la violencia económica, al no tener accesos a ingresos que les permitan llevar una vida digna y, la violencia política, mediante amenazas y coacción a mujeres que participan en espacios comunitarios y de decisión frente a los recursos de presupuesto participativo (Estrada: 2011, 23).

La zona nororiental la componen las comunas 1 Popular, 2 Santa Cruz, 3 Manrique y 4 Aranjuez, estas concentran un total de 556.096 personas que representan casi el 25% por ciento de la población total de la ciudad, de las cuales 47% son mujeres y 53% son hombres². Socioeconómicamente este sector de la ciudad, se caracteriza por tener un bajo promedio (36.8) según el Índice Multidimensional de Calidad de Vida propuesto por la Alcaldía de Medellín, superando los 30 puntos en relación a la más alta que es el Poblado (76.6).

Tres de las cuatro comunas que hacen parte de esta zona³, presentan las más altas tasas de fecundidad en adolescentes entre los 10 y los 19 años de edad, siendo superior en promedio a la tasa del país, de 3.15 por cada mil niñas en estas edades, frente a una tasa nacional de 2.92 (Medellín cómo vamos, 2012: 39).

² Datos estadísticos según proyección del Departamento Administrativo de Planeación de la Alcaldía de Medellín, en la Encuesta Calidad de Vida 2012.

³ Comuna 1 Popular con 60.2, comuna 3 Manrique con 50.4 y Comuna 2 Santa Cruz con 47.5, tasa por mil habitantes.

Entre el 2011 y el 2012 se presentaron en esta zona 43 asesinatos de mujeres, predominando los casos en la comuna 4 Aranjuez. De acuerdo a investigaciones de la Fiscalía, la mayoría de estos casos están ligados a retaliaciones entre grupos armados que operan en este sector de la ciudad⁴. De otra parte, frente a los casos de violencia intrafamiliar este sector concentró durante esos dos años el 26% del total de los casos registrados en la ciudad es decir 2.348 casos en total, destacándose nuevamente la comuna 4 Aranjuez y la comuna 1 Popular como las de mayor número de hechos (Personería de Medellín, 2012).

	Comuna 1		Comuna 2		Comuna 3		Comuna 4	
	2011	2012	2011	2012	2011	2012	2011	2012
Violencia intrafamiliar	229	307	289	163	238	192	527	403
Asesinatos de mujeres	3	5	5	1	3	2	14	10

Sin importar la condición social, ocupación o edad son las mujeres quienes aportan la mayor proporción de víctimas de violencia intrafamiliar y de violencia sexual en Medellín, es así como en el 2012 en el primer caso 4.286 mujeres fueron agredidas frente a 875 hombres y 1.703 mujeres frente a 410 casos de hombre violentados sexualmente (Corporación Vamos Mujer y Mujeres que crean, 2013, 30 y 35). De igual manera se instala en la discusión pública los casos de feminicidios, concepto que aunque es controversial en el medio, en tanto que no todos los casos de asesinatos de mujeres pueden ser catalogados como feminicidios, permite recordar que las violencias sufridas por las mujeres tienen particularidades que las diferencian de las que sufren los hombres (Vélez, 2012: 15).

Pese a esto la discusión y la acción en la ciudad frente al tema de la seguridad se ha centrado desde el enfoque tradicional, en la implementación de un mayor número de agentes de fuerza pública en los territorios de mayor disputa territorial entre los grupos armados, si bien esta es una problemática creciente que ha afectado a la ciudad en los últimos 30 años, no es posible centrar la atención solamente en el enfoque restringido y militarista de la seguridad ciudadana, pues desde el enfoque de los derechos humanos es necesario ampliarlo a otro más integral como la seguridad humana, sin embargo la tensión en reconocer la seguridad como un derecho humano o el derecho humano a la seguridad presenta muchas aristas.

Abordaje metodológico.

Este trabajo se realiza desde un estudio exploratorio descriptivo de la investigación cualitativa, en tanto no hay estudios previos que contengan esta delimitación espacial con los dos campos de análisis centrales que supone, la Secretaría de las Mujeres y las mujeres de la zona nororiental. Es descriptivo porque arroja unos elementos que caracterizan la respuesta institucional y de las mujeres frente al problema de las violencia y la inseguridad.

Igualmente es un área de investigación que se ha ido consolidando en los últimos años, a partir de un interés académico y político por entender cómo se ha venido construyendo la

⁴ Estos datos hacen parte del informe presentado por la Secretaria de las Mujeres en citación del Concejo de Medellín para hacer seguimiento a los programas de prevención y a la situación de violencias contra la mujer en la ciudad de Medellín y el Departamento de Antioquia en sesión ordinaria del 20 de marzo de 2013.

seguridad pública de las mujeres que es el enfoque propuesto por la Secretaría de las Mujeres.

Para ello se realiza una lectura de contexto a partir del rastreo de fuentes documentales secundarias que describan la manera como se ha abordado el tema de derechos humanos, seguridad y violencias contra las mujeres, los enfoques y desarrollos de los mismos entre los años 2011, 2012 y 2013. Igualmente se realiza una revisión crítica de los planes y programas que implementa la Secretaría de las Mujeres desde el año 2008, orientado principalmente a entender la estrategia de Seguridad Pública para las Mujeres de Medellín. Y finalmente se construye un estudio de caso de las acciones que las mujeres promueven en la zona nororiental para enfrentar las violencias y generar entornos de seguridad desde un enfoque amplio que garantice el ejercicio de sus derechos.

Se realizaron cuatro entrevistas exploratorias a mujeres que cumplen con ciertos requisitos como el ejercicio de liderazgo en la zona nororiental, quienes han hecho parte del movimiento social de mujeres y conocen la trayectoria de éste para la creación de la Secretaría de las Mujeres en la ciudad y/o son funcionarias de esta dependencia y tienen una lectura crítica acerca del impacto que esta Secretaría ha tenido para disminuir o enfrentar las violencias que se ejercen contra las mujeres. En consecuencia son mujeres que tienen un marco explicativo histórico que permite entender la relevancia de la Secretaría en un contexto como el de Medellín.

El objetivo de este trabajo es analizar la incidencia que tienen en la zona nororiental de Medellín los programas y proyectos de la Secretaría de las Mujeres específicamente desde el programa de Seguridad Pública para las Mujeres. Con el fin de ampliar un poco la comprensión de este tema el artículo se divide en cinco partes, la primera hace una discusión para entender el derecho humano a la seguridad de las mujeres apoyado en algunos ámbitos normativos y teóricos.

El segundo realiza un pequeño esbozo de la manera como se ha abordado el tema de la seguridad de las mujeres en el país pero en particular en la ciudad, dejando claro que aún falta mucho trabajo para hacer, para entender desde dónde y cómo abordar las violencias que las afectan y las hacen sentir inseguras. El tercer apartado describe los planes y programas de la Secretaría de las mujeres haciendo énfasis en las relacionadas con el área de seguridad pública. El cuarto expone desde el trabajo colectivo de las mujeres en la zona nororiental las acciones que vienen implementando para enfrentar las violencias y los factores que generan inseguridad a las mujeres que habitan este sector de la ciudad y finalmente unas consideraciones generales desde las cuales se tejen algunas reflexiones sobre el tema.

El derecho humano a la seguridad una discusión inconclusa.

Para las mujeres el sentirse seguras en los territorios en que habitan y transitan, implica la tranquilidad de que sus derechos son respetados. La seguridad podría argumentarse como derecho en tanto está ligada a la realización efectiva de los derechos fundamentales y a la garantía de la existencia de sanción para quienes los transgredan; siendo ambos aspectos complementarios y referidos a un marco de derecho regulatorio, que exige entre otras el

cumplimiento de otros derechos como la integridad física⁵, además de condiciones como un ambiente social libre de amenazas físicas y emocionales, estabilidad laboral, y el respeto a los bienes individuales, familiares y colectivos, patrimoniales y culturales; surge así no como un propósito o un fin determinado sino que es una cualidad característica del orden o la armonía social.

Ante esto existen una serie de mecanismos internacionales que buscan proteger los derechos humanos de las mujeres, además de aportar elementos para leer los temas relacionados a la seguridad para hombres y mujeres con un enfoque diferencial y que en Colombia se han ido incorporando, como la CEDAW Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación establecida en 1979, la Declaración para la eliminación de la violencia contra la mujer en 1994 creada por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 48/104 y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer conocida como “Convención de Belém Do Pará”⁶, que a nivel nacional se materializan en la Ley 1257 de 2008 donde se establecen normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación contra las mujeres.

Las luchas sociales de los movimientos de mujeres han dejado como consecuencias la contribución desde unos marcos normativos a nivel internacional, que surgen como el resultado de una exposición de motivos acerca de los factores de inequidad y discriminación que han marcado las relaciones desiguales entre hombres y mujeres, trayendo consigo formas de relacionamiento que dejan en gran desventaja a las mujeres, en tanto que las relega en lo simbólico, lo político y lo físico, en lugares que lo que hacen es develar una tradición patriarcal y conservadora, que incide de manera negativa en la forma como ven, interpretan y viven el mundo que les rodea.

Esto conlleva a que constantemente su concepción de derecho humano a la seguridad sea vulnerado en todos los espacios, repercutiendo en una segregación en lo privado, limitando su participación en los asuntos públicos bien sea por la escasez o por la limitación de las plataformas ofrecidas, restándoles de esta manera la oportunidad de cuestionar los sistemas socio sexistas, lo que redundo en el círculo vicioso en el que gira una gran proporción de las mujeres del mundo, las cuales carecen de las condiciones y los mecanismos para fortalecer, expandir y reflejar su capital intelectual y las herramientas económicas y sociales para superar las situaciones de desigualdad y dependencia.

Hacer efectivo el ejercicio de los derechos humanos de las mujeres y en consecuencia el derecho humano a la seguridad, no solo requiere de la intención del gobernante sino de contar con los métodos y herramientas que logren materializarlo. Como también de una aplicación objetiva de las normas existentes y no mediadas por criterios ideológicos y/o morales que anteponen las fundamentaciones iusnaturalistas a las positivistas, desde los intereses personales.

⁵ El derecho a la vida y la integridad física conllevan igualmente la libertad de expresión, la participación democrática y el juzgamiento con garantías, y son conocidos como derechos civiles y políticos.

⁶ La Convención de Belem do Pará permite visualizar que las condiciones de desigualdad en la que viven las mujeres, están atravesadas por la discriminación y la violencia y consagra los siguientes fundamentos: La violencia contra la mujer constituye una violación a los derechos humanos y las libertades fundamentales; limita total o parcialmente a la mujer el reconocimiento, goce y ejercicio de tales derechos y libertades; y es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y varones.

Se han logrado importantes avances en materia de legislación nacional, pero aún es indispensable continuar en la lucha por desmontar las estructuras patriarcales que se resisten a desaparecer y peor aún, inciden en los procesos de reconocimiento y aplicación de estos derechos. En esa línea, la búsqueda del bien común en este caso representado en la seguridad puede llegar a expresar consensos que lo único que harían es aumentar los efectos de la dominación y la subordinación, en tanto que las libertades y derechos de las mujeres continuarían suscribiéndose a lo que se entiende como común, determinado por lo masculino.

Las perspectivas que plantea el campo de los derechos humanos conlleva a pensarlos como acciones dinámicas y transversales que crucen todos los temas y acciones (Angarita, 2012: 23) relacionadas con la dignidad de los seres humanos, y esto incluye identificar unas necesidades estratégicas de género que según Masollo (2003) “son aquellas que las mujeres identifican en virtud de su posición subordinada a los hombres en la sociedad; varían de acuerdo a los contextos particulares y se relacionan con las divisiones del trabajo, del poder, y del control por género. Pueden incluir asuntos como los derechos legales, la violencia doméstica, la igualdad de salarios y el control de las mujeres de su propio cuerpo. Satisfacer las necesidades estratégicas de género ayuda a las mujeres a lograr mayor igualdad, libertad y autovaloración, desafiando la posición subordinada de la mujer. Son formuladas a partir del análisis y toma de conciencia de la subordinación de la mujer al hombre, según el contexto cultural y socio-político dentro del cual estas necesidades emergen y son formuladas”.

Tanto en el espacio público como en el privado es necesario desarrollar estrategias para una adecuada convivencia, identificando, en primer término una tensión que subyace en el debate actual: la contradicción entre la preservación y fortalecimiento del tejido social en la ciudad, por una parte, y una tendencia a la “privatización” de la vida social, por otra. Esta contradicción –marcada en forma importante por la presencia del tema de la inseguridad y la violencia- es particularmente relevante en la vida de las mujeres. Así mismo, esta preservación y fortalecimiento del tejido social implica la adecuación de entornos físicos amables, incluyentes, que permitan crear la confianza necesaria para la desactivación de actitudes y sensaciones de miedo inscritos en un imaginario que además de expulsarlas al espacio privado o doméstico como única opción, les niega la posibilidad de una libertad y un desarrollo pleno de sus capacidades como ciudadanas y sujetos de conocimiento y experiencia.

Algunos estudios sobre los derechos humanos, las violencias contra las mujeres y la seguridad.

En los últimos años el miedo, la violencia y la inseguridad han sido objeto de investigaciones en ciencias sociales, que buscan analizar su incidencia en la sociedad desde diversos enfoques y perspectivas. Igualmente la necesidad por explicar los fenómenos que acontecen en sociedades específicas ha conllevado a que se delimiten los espacios de indagación, con el fin de obtener un profundo análisis -que además de visibilizar algunas causas estructurales-, ayude a comprender y explicar los factores que irrumpen en la vida cotidiana de las personas alterando prácticas y formas de convivencia, algunos de estos se han centrado en rastrear el miedo como construcción social y la manera cómo éste incide en las relaciones sociales (Reguillo: 2000 y Villa: 2003) o, a interpretar la manera cómo la inseguridad se complejiza

cuando el miedo se interpreta y se vivencia de distintas formas bajo las características que determinan los grupos sociales: edad, clase social y género (Kessler: 2009).

En cuanto al tema de seguridad, violencia y género, estos han sido el centro de interés de algunos países, especialmente en Latinoamérica, donde se ha visto con gran preocupación cómo los índices de violencia contra las mujeres han ido aumentando de una manera alarmante en las últimas décadas⁷. Igualmente se vienen realizando importantes aportes que analizan la violencia que viven las mujeres especialmente en el espacio público. Estos estudios ponen de manifiesto los problemas que tienen las ciudades tanto en su infraestructura como en los modelos de planeación, que excluyen y niegan las dificultades que tienen las mujeres para un real acceso y ejercicio de sus derechos como son los casos concretos de Chile, España y Perú (Saborido: 2009; Duran:2008; Cabrera:2007), pero además la manera como estas formas de exclusión del espacio público inciden en las múltiples violencias que se ejercen contra las mujeres (Falú: 2009; Vargas: 2007).

Estas lecturas sobre la inseguridad y la violencia contra las mujeres, han permitido reconocer el incremento de las situaciones que las afectan, y la necesidad de ampliar los enfoques existentes sobre el tema de la seguridad ciudadana y la seguridad pública, a otros más amplios o integrales como la seguridad humana de acuerdo a los criterios y condiciones específicas de cada contexto, algo que los sectores feministas ya habían ido apuntalando como necesario para alejarse del marco militarista predominante (Angarita: 2010; Carcedo: 2006, Villelas. 2007). Igualmente y teniendo como base estos hallazgos, se han ido consolidando aportes que contribuyen con el diseño de unas herramientas metodológicas para la realización del trabajo de campo bien sea para la sensibilización, intervención, investigación e implementación de políticas públicas de seguridad con enfoque de género (Dalmazzo: 2010 y Rainero: 2006).

Actualmente en Colombia los estudios sobre seguridad con enfoque de género no son muchos. Algunas de las investigaciones existentes centran y delimitan su estudio en el ámbito de la esfera doméstica, visibilizando y analizando el feminicidio como una consecuencia final y fatal de la violencia intrafamiliar (Castillo: 2007). Otras analizan las implicaciones y consecuencias en la seguridad de las mujeres por causa del conflicto armado interno que vive el país desde los lugares que ocupan dentro del mismo (Londoño: 2008) y algunas se centran en analizar la inseguridad en los entornos urbanos (Caicedo: 2013). Finalmente hay una interpretación sobre la legislación existente en materia de no violencia contra las mujeres orientada a que trascienda y se aplique adecuadamente (Ramírez: 2010).

Por su parte las investigaciones sobre la violencia de género en la ciudad de Medellín se quedan en informes y diagnósticos, algunos centrados en el tema de las violencias sexuales (Mujeres que crean: 2002 al 2013; Roldán: 2010; Gómez: 2007 y Gómez: 2009); los cuales responden más bien, a requerimientos urgentes y manifiestos de la política pública que, aun siendo necesarios, toda vez que contribuyen a visibilizar el problema y a ponerlo en el centro del debate público, no trascienden el campo de análisis y la discusión teórica, pese a esto, algunos avances ponen en la discusión el concepto de feminicidio desde el ámbito doméstico hasta el contexto urbano como visibilizando las realidades concretas y particulares que rodean estos casos (Vélez-Guzmán: 2012).

⁷ En este sentido pueden revisarse los informes elaborados por diversas organizaciones sociales y agencias de cooperación internacional como OXFAM, Naciones Unidas y Corporación humanas.

Incluso algunos de estos diagnósticos son promovidos a partir de la asignación de recursos del presupuesto participativo⁸ por las organizaciones de base de mujeres y ejecutados por organizaciones sociales (IKALA: 2013a, IKALA: 2013b). Estos estudios constituyen un importante aporte no solo al conocimiento en tanto que surgen de reflexiones y análisis de las mujeres que viven en los territorios, sino que también son insumos importantes para el diseño e implementación de políticas públicas que mejoren las condiciones de vida de las mujeres en sus territorios.

Este panorama vislumbra un amplio camino por recorrer en relación a los estudios de seguridad humana de las mujeres, que vaya más allá del hecho de que las mujeres se sientan seguras en el espacio público, tal como lo plantea la Corporación Humanas, hay unos mínimos claros establecidos como el reconocimiento de los derechos humanos de las mujeres como un marco general, la seguridad económica para la autodeterminación de las mujeres, la no violencia contra las mujeres que garantiza la no discriminación, el goce de los derechos sexuales y reproductivos y la igualdad en la participación (Humanas: 2007).

Por su parte desde la academia el trabajo sobre las mujeres se ha abordado de una manera muy general haciendo énfasis en el tema de las múltiples violencias, sin embargo hay acercamientos en la lectura desde el enfoque de la seguridad humana desde el cual se cuestionan asuntos como el ámbito doméstico, la pobreza, los feminicidios y la seguridad de la ciudad para las mujeres (Henaó: 2012). Igualmente la seguridad para las mujeres, es una dimensión emergente que aparece desde este enfoque, concibiéndola incluso como uno de los asuntos prioritarios a trabajar en la ciudad (OSHM: 2009).

En este sentido el trabajo en la ciudad es apenas incipiente, si bien hay logros importantes en tanto se consolida un espacio institucional como es la Secretaría de las Mujeres de la Alcaldía de Medellín, creada por el Concejo de Medellín, el 8 de marzo mediante acuerdo 001 de 2007⁹, y apoyada por el movimiento social de mujeres. Además de una estrategia de seguridad pública para las mujeres creada en el periodo de 2008 – 2011 denominada “Medellín Ciudad Segura para las Mujeres, Mujeres Seguras para la Ciudad”¹⁰, la cual plantea una articulación con el concepto de seguridad humana, aunque esto aún no se materializa. A esto se suman los estudios que desde esta dependencia se realizan en convenio con universidades y organizaciones los cuales no son de acceso público, situación que dificulta el rastreo de estas fuentes. Sin embargo es un interés de este breve estudio, develar un poco más que se ha hecho desde esta instancia no solo en materia investigativa sino en términos de transformaciones reales en la vida de las mujeres.

La respuesta institucional.

Antecedentes

La existencia de la Secretaría de las Mujeres, representa en el accionar político y colectivo del movimiento social de mujeres, un gran avance en términos de la incidencia que es posible

⁸ “Es un proyecto democrático que permite a la ciudadanía decidir sobre el 5% del presupuesto municipal de libre inversión. Así, los habitantes de cada uno de los barrios y veredas de la ciudad pueden decidir qué proyectos de los Planes de Desarrollo Local (PDL) de su comuna o corregimiento priorizar para su desarrollo con recursos de Presupuesto Participativo” (Alcaldía de Medellín: 2010).

⁹ Acuerdo que reglamenta la creación de una estructura de alto nivel desde donde se da respuesta efectiva a los asuntos y problemáticas de las mujeres de la ciudad de Medellín e incidir con más fuerza en la estructura del Municipio.

¹⁰ La Estrategia de Seguridad Pública para las Mujeres aún conserva vigencia y además es el único programa que tiene la Secretaría de las Mujeres.

lograr desde las bases para la creación de instancias desde las cuales se diseñen e implementen políticas públicas que garanticen los derechos de la población, en este caso de las mujeres.

El movimiento social de mujeres en la ciudad tiene sus orígenes durante de las décadas de los 70 y los 80, buscando generar mayor incidencia política desde la acción colectiva, trabajo que se ha ido consolidando y fortaleciendo hasta poner en los escenarios de discusión pública, que lo “personal también es político” y público, sobre todo, en problemáticas como la violencia intrafamiliar y de género. Esta premisa se establece en una sociedad cada vez más compleja ante las problemáticas que enfrentan las mujeres en la ciudad que obligan a demandar más atención por parte del Estado y a la consolidación de políticas públicas más eficaces.

La última década es quizás en la que más logros ha alcanzado el movimiento, gracias a la estrategia organizativa que se ha implementado desde la Mesa Trabajo Mujer de Medellín, la cual está conformada por mujeres de diversos sectores: representación de organizaciones de mujeres, organizaciones mixtas y otras sin pertenencia organizativa, pero con compromiso con el movimiento social de mujeres, quienes articuladamente elaboran las propuestas que han de llevar al escenario público. Estas propuestas se han constituido en 5 Agendas Ciudadanas de las Mujeres para Medellín, en las cuales desde la voz de las mujeres se brindan elementos para la política pública en el manejo de las situaciones que las afectan, enfocadas en diversas áreas como la violencia, la seguridad y una vida digna y que se ha materializado en la creación de la Secretaria de las Mujeres, como también en la elaboración e implementación de normas, leyes, acuerdos y decretos que buscan reglamentar el derecho de las mujeres a una vida libre de violencias¹¹.

Desde estas agendas no solo se han consolidado propuestas concretas hacía la administración, sino también importantes ejercicios de veeduría ciudadana para velar por el cumplimiento de los compromisos pactados con las administraciones de turno, como es el caso del seguimiento a la creación de la Subsecretaría Metromujer mediante Decreto 151 de febrero de 2002, en el Plan de Desarrollo del Alcalde Luis Pérez (2001-2003), al Plan de Desarrollo de Sergio Fajardo (2004 – 2007), en particular, en este periodo se generó una gran movilización en la ciudad con el fin de poner en la discusión pública la creación de la Secretaría de las Mujeres, que conllevó a que finalmente se hiciera efectiva mediante Acuerdo Municipal 01 de 2007.

Luego de que se lograran identificar algunas falencias de esa subsecretaría, pues como entidad de rango medio tenía limitadas posibilidades para que las políticas de género se integraran adecuadamente a la agenda política local, esto además de la limitada participación en espacios institucionales, la falta de reconocimiento, autonomía y de incidencia en la estructura global de la Administración, fue posible crear los argumentos para la modificación del Decreto 151 de 2002 y en consecuencia, se crea la Secretaría de las Mujeres.

La creación de esta dependencia encontró las condiciones técnicas, sociales y políticas que le favorecieron. En cuanto a las condiciones técnicas, había un rigor técnico del proyecto de Acuerdo que se sustentaba además en la capacidad de gestión administrativa interna que ya

¹¹ En el orden local han tomado relevancia el Acuerdo 22 de 2003 en el cual se crea la política pública para las mujeres rurales y urbanas de Medellín; el Acuerdo Departamental y Municipal del 2004 por la equidad entre hombres y mujeres; el Acuerdo Municipal 09 de 2006 sobre Prevención y atención de violencias sexuales, el Acuerdo Municipal No 01 de 2007 que crea la Secretaria de las mujeres y se modifica el Decreto Municipal 151 de 2002; el Acuerdo Municipal 52 de 2011 del Programa integral de protección a mujeres víctimas de violencias.

tenía Metromujer. En cuanto a las condiciones sociales, se abría un campo de intervención dadas la desventaja real en la que se encontraba la población femenina de la ciudad en los diversos campos, pero lo más importante es que respondía a una demanda del Movimiento Social de Mujeres y del Movimiento de Nuevas Masculinidades que le inyectaban un alto valor de legitimidad. Finalmente unas condiciones políticas, en tanto que existía una voluntad política de la Administración de turno para trabajar los temas de equidad de género y un ambiente favorable desde la opinión pública que avalaba la propuesta (González: 2009, 39).

En su condición de entidad rectora de las Políticas Públicas para las Mujeres Urbanas y Rurales de Medellín, mediante el Acuerdo 022 de 2003, la Secretaría de las Mujeres contribuye a la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres y a la disminución de prácticas discriminatorias que atentan contra el desarrollo político, social, económico y cultural de las mujeres del municipio de Medellín a través de la transversalización del enfoque de equidad de género en el diseño, implementación, coordinación, monitoreo y asesoría de las políticas, planes y programas de la Alcaldía Municipal.

El Acuerdo 52 de 2011 “por medio del cual se crea en el Municipio de Medellín el Programa Integral de Protección a Mujeres Víctimas de Violencia”, crea las posibilidades jurídicas para que la Secretaría de las Mujeres actúe de manera articulada con la Defensoría del Pueblo con el que además se da cumplimiento a las ley 1257 de 2008 en su art. 8, literal b, pero adquiere una especial relevancia en tanto institucionaliza vía acuerdo municipal el primer Consejo de Seguridad Pública para las mujeres del país, como la instancia responsable de la definición de acciones relacionadas con la seguridad pública para las mujeres con el fin de posicionar entre los tomadores de decisiones sus propuestas y acciones, es así como pasa de ser una política de un gobierno bajo acuerdo municipal a una política de Estado.

Así mismo y de la mano de estos antecedentes sociales, existen unos marcos normativos internacionales suscritos por Colombia que refuerzan los planes de acción de la Secretaría de las Mujeres en Medellín, entre otros, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra las Mujeres (1993), la Corte Penal Internacional (2003), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém Do Pará) (1994), la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, Asamblea General de Naciones Unidas (1999), el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, Convención de las Naciones contra la Delincuencia Organizada y Transnacional, la Conferencia Mundial sobre los Derechos Humanos (Viena, 1993), la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) entre otras.

Y unos marcos nacionales que obligan al Estado a proteger a las mujeres de todo tipo de violencias, a garantizar su seguridad personal y su derecho a la igualdad y no discriminación, la ley 1257 de 2008 y el Auto 092 de 2008, como los de mayor peso en el campo jurídico.

Estructura, planes y programas de la Secretaría de las Mujeres de Medellín.

La Secretaría de las Mujeres del Municipio de Medellín trabaja en cuatro áreas estratégicas: Autonomía Económica de las Mujeres, Participación Social y Política, Reconocimiento de Derechos y Potencialidades y Seguridad Pública, las cuales responden al marco propuesto desde las líneas estratégicas del Plan de Desarrollo Municipal 2008-2011 Medellín es

Solidaria y Competitiva. Estas a su vez tienen un eje central que es la transversalización del enfoque de género.

En el periodo del Alcalde Aníbal Gaviria, se presenta un proceso de modernización el cual se afirma en el Decreto 456 de marzo de 2013, que determina un soporte administrativo de planta, en tanto que quienes allí laboran tienen la posibilidad de realizar una carrera administrativa. Esto en el ámbito de lo público, puede llevar a fortalecer el sostenimiento de los procesos, en ese sentido esta dependencia pasa de tener una estructura de 13 a 44 personas asignadas. En su orden la Secretaría actualmente cuenta con dos Subsecretarías: una de derechos y una de transversalización (Entrevista 1).

Tiene 8 proyectos y un programa, el de Seguridad Pública de las Mujeres, el cual tiene como objetivo “promover una vida más segura para las mujeres en los espacios públicos y privados con el desarrollo de medidas que les permita el efectivo acceso y garantía de sus derechos”. Recoge en su integralidad las acciones a través de cuatro componentes¹² (Secretaría de las Mujeres: 2008):

- La gestión del conocimiento, información, investigación y difusión, desde la cual se orienta a conocer la situación objetiva de la percepción de la seguridad de las mujeres en la ciudad¹³.
- El empoderamiento de las mujeres, a través de mecanismos sociales, como el factor de protección y prevención, busca que ante la victimización se garanticen la exigibilidad y el restablecimiento de derechos mediante la atención con enfoque de género y la protección de las víctimas¹⁴.
- Movilización social, desde allí se busca promover la construcción de imaginarios sociales que favorezcan la vigencia de los derechos de las mujeres a su seguridad y a una vida libre de violencias¹⁵.
- Fortalecimiento en justicia de género del Sistema Institucional de Atención, este componente tiene como propósito mejorar la calidad de la atención a las mujeres que han sufrido Violencias Basadas en Género VBG, disminuyendo la revictimización y mejorando el acceso y restablecimiento de sus derechos¹⁶.

Este último componente adquiere una importante relevancia en el campo de las políticas públicas, ya que es desde el Consejo de Seguridad Pública de las Mujeres se direcciona la implementación de esta política, en ese espacio de carácter interinstitucional¹⁷ se “fortalecen y

¹² Estos son los componentes creados desde su elaboración inicial en el 2008, en la actual administración ha tenido ligeras modificaciones.

¹³ Algunas acciones son la implementación del Sistema de información de Género y Desarrollo SIGED, el diagnóstico de seguridad de las mujeres realizado por el INER y la Encuesta de seguridad elaborada por el CEO.

¹⁴ Entre estas se encuentran los hogares de acogida, los circuitos sociales, los grupos terapéuticos, la atención a agresores y la línea 123 mujer.

¹⁵ Desde allí se promueven acciones como el Día internacional de la eliminación de violencias contra las mujeres, Semana por el desarme ciudadano, semana de la convivencia, Abramos los Ojos, Ni con el Pétalo de una Rosa y Mujeres por la ciudad.

¹⁶ Las principales acciones de este componente son el Consejo de Seguridad Pública para las Mujeres, Circuitos Institucionales, Catedra de Justicia y Género, el Diplomado de Justicia y Género y el Fortalecimiento tanto del Centro de Atención a Víctimas de Abuso Sexual CAIVAS y como del Centro de Atención a Víctimas de Violencia Intrafamiliar CAVIF.

¹⁷ En este espacio asisten representantes de la Secretaria de las Mujeres, Secretaría de Gobierno, Secretaría de Salud, Secretaría de Bienestar Social y Secretaría de Educación; del Ministerio Público como Personería Municipal, Procuraduría

promueven acciones, planes, programas y proyectos, que propendan por el goce efectivo de derechos (GED) de las mujeres a una vida libre de violencias, a través del Sistema de Alertas Tempranas para la prevención de las VBG”¹⁸.

Este Consejo establece una estructura con Presidencia, Coordinación y Secretaría Técnica, y unas comisiones desde las cuales se orientan unas rutas de acción. La Comisión Primera desde donde se realiza el Análisis de contexto de los derechos humanos y seguimiento a casos especiales; la Comisión Segunda, que trabaja el fortalecimiento del sistema institucional de atención y finalmente la Comisión Tercera, encargada de la comunicación e información.

Acciones y diagnóstico en campo.

Los balances realizados sobre esta Dependencia se presentan de manera general frente a los logros y retos alcanzados en la ciudad, sin embargo haciendo un ejercicio de contrastación encontramos que hay una incidencia importante en la zona nororiental desde las diferentes áreas que componen la Secretaría de las Mujeres, analizado por porcentajes de manera que se permita identificar el mayor o menor número de intervención en cada una de las comunas.

El gráfico que se muestra a continuación evidencia que hay un trabajo importante en el tema de Autonomía Económica, pero es insuficiente ante la situación de pobreza que aún persiste. En el componente de Seguridad Pública se ubica en los últimos porcentajes de las intervenciones realizadas en este sector de la ciudad, lo cual repercute negativamente en las mujeres que allí habitan, tal y como se puede contrastar con la información presentada en el Concejo de Medellín en debate público sobre las violencias contra las mujeres¹⁹ por el Secretario de Salud Gabriel Jaime Guarín Alzate y que son tomados por el Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública SIVIGILA, ratifica el alto porcentaje de mujeres afectadas por algún tipo de violencias, como lo expone el cuadro de Casos de violencias contra las mujeres.

Tal como se puede evidenciar en el gráfico hay una alta intervención de la Secretaria de las Mujeres desde el componente de Autonomía Económica, lo cual contrasta con los demás componentes, especialmente con el de Seguridad Pública. Desde este desbalance pueden explicarse en parte las altas cifras de los casos de violencia contra las mujeres que arrojó el análisis estadístico aportado por la Secretaría de Salud. Sin embargo plantear la explicación solo desde el factor de intervención por parte de la Secretaría sería hacer una mirada reduccionista del problema y desconocer los factores estructurales que subyacen en la ciudad pero especialmente en este sector sobre el tema, entre los cuales están las formas de relacionamiento entre hombres y mujeres, la naturalización de las violencias, las formas de control y dominación sobre el cuerpo de las mujeres, las condiciones socioeconómicas entre otras.

Regional y Defensoría Regional; entidades del orden Nacional como Policía Metropolitana, Instituto de Medicina Legal, Consejo Seccional de la Judicatura, Dirección Seccional de Fiscalías y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar; e invitadas permanentes de la Secretaría de Equidad de Género de la Gobernación, Oficina de la Organización de Naciones Unidas y la Secretaría de Equidad de Género de Envigado, igualmente participan representantes de la Ruta Pacífica de las Mujeres, Mujeres que Crean y Cerfami.

¹⁸“Medellín ciudad segura para las Mujeres, Mujeres segura para la ciudad”. Estrategia de seguridad pública de las Mujeres. 2008 – 2011. Consejo de Seguridad Pública de las Mujeres.

¹⁹ Consejo de Medellín, Acta Sesión Ordinaria, Marzo 18 de 2013.

Intervención Secretaria de las Mujeres				
Componente	Comuna 1	Comuna 2	Comuna 3	Comuna 4
Autonomía económica	88.5%	89%	84%	80%
Participación	1.1%	1.6%	3%	2.6%
Reconocimiento	7.4%	6.4%	7%	12%
Seguridad Pública	3%	3%	6%	5.4%

Casos de violencias contra las mujeres	
Comuna 1	78.6%
Comuna 2	62.3%
Comuna 3	103.5%
Comuna 4	56.1%

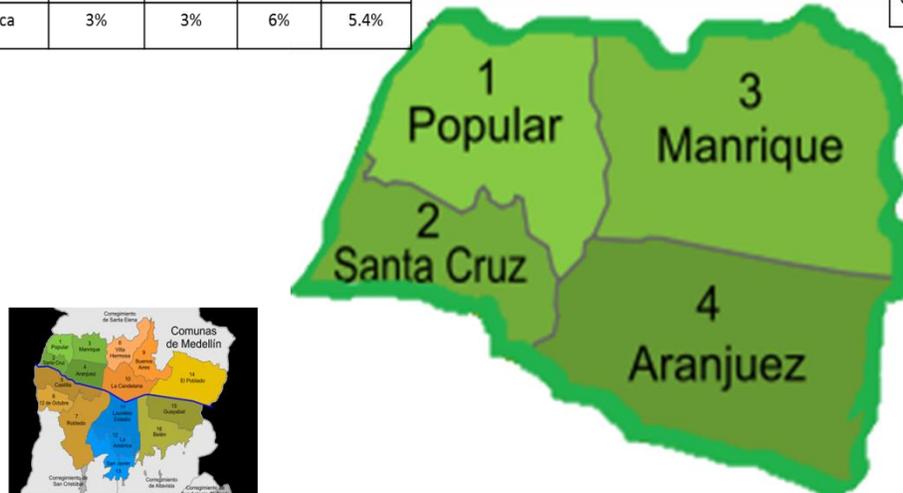


Grafico 1. Intervención de la Secretaría de las Mujeres y

Casos de violencias contra las mujeres zona nororiental 2011 - 2012²⁰

Lo anterior corrobora la afirmación del Secretario de Salud, “definitivamente las condiciones socioeconómicas o los atrasos en el índice de desarrollo humano que tienen también estas comunas, coinciden con esta problemática de violencias” (Acta Concejo 218). Los casos a los que se refiere hacen referencia al abandono, abuso sexual, intento de suicidio, negligencia, violencia contra las mujeres, violencias sexuales, violencia intrafamiliar y violencia psicológica.

Mecanismos alternos creados por las mujeres.

Antecedentes

La incidencia del Movimiento Social de Mujeres en los contextos locales ha sido de una fuerte relevancia, pese a que las mujeres consideran que éste no “tienen una definición ni una representación única” (Mujeres que crean: 2012). Se destaca por agrupar a mujeres y organizaciones diversas que fundamentadas en la ola del movimiento feminista de los años 60 y 70 construyeron sus apuestas para transformar las condiciones históricas que discriminaban y subordinaban a las mujeres a la cultura patriarcal. Muchas de las expresiones de organizaciones de mujeres en los barrios y comunas de la ciudad se inscriben en él, ratificando los procesos organizativos con que cuentan las mujeres y que en muchos casos se convierten en marcos de referencia para las diversas expresiones sociales.

Como parte de esa organización se crea la Mesa de Trabajo Mujer de Medellín MTMM, como espacio de concertación con el Estado y otros organismos de la sociedad civil, a partir de

²⁰ Según datos presentados en reunión ordinaria del Concejo de Medellín del 18 de marzo de 2013.

1995, colocando en los escenarios de discusión política las propuestas construidas por y para las mujeres, logrando incidir en las políticas públicas, a partir de la construcción de Agendas Ciudadanas de las Mujeres²¹. Allí se articulan organizaciones mixtas de mujeres que hacen trabajo en distintos lugares de la ciudad. Uno de los propósitos principales radica en hacer seguimiento a las políticas públicas para las mujeres y crear los escenarios de comunicación directa con la Administración Municipal a través de la Secretaría de las Mujeres (Entrevista 3).

Apuestas comunitarias en escenarios locales.

En la comuna 1 Popular, al igual que en muchas comunas de Medellín desde la década de los 70 se fueron llevando a cabo los programas de madres comunitarias que buscaban cubrir las ausencias obligadas de madres y padres que por diversas razones no podían compartir con los hijos/as. A mediados de los 90 estas madres comunitarias compartieron la necesidad de tener un espacio para ellas mismas, en el cual expresaran sus problemas y angustias, desde ahí las mujeres:

“Empiezan a pensar los derechos humanos de las mujeres, porque cuando Semillas de Amor nació, fue una propuesta de las madres comunitarias, apoyada por Silvio Salazar Martínez²², pensando que los jóvenes que estaban en enfrentamientos eran niños que ellas algunas vez tuvieron en las guarderías” (Entrevista 4).

Allí empezaron a acudir mujeres de toda la zona nororiental y se fue consolidando como un espacio de escucha pero también de formación política que en 1997 recibió el nombre de Coordinación de Mujeres de la zona nororiental (CMZN) y que tiene como objetivo “*Construir y fortalecer el movimiento social de mujeres de la Zona Nororiental, para aportar al desarrollo y la defensa de los derechos humanos de las mujeres populares a nivel zonal, local, regional y nacional*” (Mujeres que Crean, 2012).

La CMZN opera en forma asamblearia, y está conformada por aproximadamente 50 mujeres de diversos grupos de edad, con o sin pertenencia organizativa. En la plenaria se discuten y se toman las decisiones a las que haya lugar, como espacios de participación y representación política, los cuales son organizados en dos niveles, uno interno como movimiento, y otro externo con proyección social y comunitaria que busca incidir en la participación local regional y nacional, esto permite determinar la participación social y política del proceso.

Estas mujeres se han organizado para trabajar distintas áreas en el entorno comunitario como la formación política, el ingreso económico, la salud, lo artístico y cultural, y acompañando procesos de mujeres o mixtos, a partir de un equipo dinamizador²³ que son quienes apoyadas por la Corporación Con-Vivamos²⁴, planean y diseñan las estrategias de acción en sus territorios a nivel interno y externo, encaminadas a fortalecer el ejercicio político de las

²¹ Estas agendas son una herramienta a través de las cuales las mujeres de Medellín le proponen a la Administración Municipal acciones concretas que se concretan en espacios de discusión creados por la Mesa Trabajo Mujer de Medellín, allí se recogen los intereses y necesidades de las mujeres para insertarse en los planes de desarrollo.

²² Líder comunitario de la comuna 1, Director de la Corporación Con-Vivamos asesinado el 11 de enero de 1996.

²³ Es un grupo de mujeres delegadas por la Plenaria de Coordinación, para preparar, orientar la dinámica de las actividades y reuniones en la Coordinación Zonal. De este grupo salen las representantes a los distintos espacios donde se hace presencia con apuestas que benefician a las mujeres y las comunidades.

²⁴ Es una organización comunitaria de carácter popular que se inició en la década de las 90 en la comuna 1, pero con un campo de acción en la zona nororiental de Medellín, esta Corporación ha acompañado desde sus inicios el proceso de la Coordinación de Mujeres de la Zona Nororiental.

mujeres aumentando el nivel de participación en los espacios de decisión comunitaria como las juntas de acción local y comunitario y de decisión de inversión de recursos definidos en el presupuesto participativo²⁵, igualmente a promover una vida libre de violencias contra las mujeres desde distintos escenarios de interacción social y comunitaria.

En el nivel interno implementan acciones en el territorio, que se concertan el primer domingo de cada mes, día de reuniones que se llevan a cabo de manera continua desde 1997. En el externo se configura un ala importante del movimiento social de mujeres en la zona nororiental que aporta al desarrollo zonal, local, regional y de país desde la participación en distintos espacios de mujeres con acción política y social²⁶.

Entre las diversas estrategias de acción que se han propuesto están: potenciar espacios de encuentro y comunicación entre los distintos grupos de mujeres a nivel zonal, municipal, regional y nacional; evidenciar las distintas realidades de las mujeres y su contexto e integrar necesidades, intereses, potencialidades, como apuesta al desarrollo personal de las mujeres y al de la zona, en un nivel local, regional y nacional, aportar a la construcción de la zona desde las diferentes formas de participación de las mujeres: en lo individual, social, político y cultural y generar espacios de proyección de acciones conjuntas desde, con y para las mujeres de la zona nororiental y en los espacios de participación (Gómez, 2010).

Desde esta instancia y apoyadas por la Corporación para la vida Mujeres que Crean, se ha consolidado también la *Concertación de organizaciones y procesos de la Zona Nororiental*, la cual nace en el 2007, motivada por el interés de varias organizaciones sociales y comunitarias comprometidas con el trabajo, la defensa y promoción de los derechos humanos de las mujeres, la niñez y la juventud, desde allí y a partir del trabajo colectivo se realizan acciones conjuntas que visibilicen las situaciones que afectan los derechos económicos, sociales y culturales de las mujeres. Estas acciones están encaminadas a la defensa de los derechos, mediante la denuncia de actos discriminatorios, de marginación y subordinación, pero también a procesos de formación y promoción de autocuidado (Mujeres que Crean, 2012).

Sin duda alguna, la zona nororiental cuenta con algunos de los procesos más fuertes del movimiento social de mujeres, con incidencia en diferentes ámbitos. Además se convierte en pionera no solo de los procesos organizativos de mujeres en la ciudad, sino también en los ejercicios de convalidación de la Agenda Ciudadana de las Mujeres²⁷, que cada tres años construye la MTMM, luego de discusiones y acuerdos con quienes participan en este espacio (Mujeres que Crean: 2012).

²⁵ El presupuesto participativo en Medellín surge en el 2004, tomando como referente el mismo modelo que se venía implementando en la municipalidad de Porto Alegre en Brasil y se definió como “un instrumento de planificación anual que ayuda a la priorización de las demandas de la ciudadanía, permitiendo un acceso a ésta en las decisiones de inversión en la ciudad, desde una perspectiva que busca integrar el desarrollo de la ciudad con la planeación y el desarrollo de las comunas y corregimientos” (Alcaldía de Medellín, 2005, p.5). El Presupuesto Participativo se establece como política pública mediante el Acuerdo Municipal 43 de 2007 y se reglamenta según el Decreto 1073 de 2009. Y se reafirma en los decretos municipales 1205 y 1607 del 2013.

²⁶ Entre otros espacios están el Movimiento Social de Mujeres, Asamblea Permanente de la Sociedad Civil por la Paz, Ruta Pacífica de las Mujeres, el Tribunal DESC de las Mujeres, la Comisión del Agua y la vida, Movimiento Internacional de Mujeres de Negro contra la Guerra, la Mesa Trabajo Mujer de Medellín, la Alianza Nacional de Mujeres Populares, la Plataforma financiera para la sostenibilidad y la autonomía económica, política y social de 14 organizaciones de mujeres.

²⁷ Estos espacios de Encuentro de Mujeres de la Zona Nororiental son por ejemplo “Agendando nuestra participación en el Desarrollo Local” durante el año 2007, apoyadas en el Proyecto Articulando apuestas y fortaleciendo la participación política de las mujeres.

Implementando acciones, confrontando el contexto.

Algunas mujeres que han participado en estos procesos y que han ido consolidando una conciencia y acción política han propuesto algunos escenarios más concretos, a partir del diagnóstico existente (Rodas, 2011), que deja en evidencia el alto nivel de vulneración de los derechos humanos de las mujeres y principalmente el elevado riesgo en el que se encuentran niños, niñas y adolescentes debido a la injerencia de estructuras criminales en la explotación sexual y la trata de personas entre otras, así como también las diferentes violencias que enfrentan las mujeres y que el enfoque restringido expresado en el aumento de la fuerza pública en los barrios, no permite visibilizar (Sierra, 2010; Rodas, 2011)²⁸.

En los últimos años han ido apareciendo propuestas que buscan articular las acciones que se realizan en aras de promover y defender los derechos humanos de las mujeres, estas propuestas pasan por distintas denominaciones que van desde mesa de seguridad de las mujeres, mesa de derechos humanos, mesa de mujeres de la comuna 1 y red de seguridad humana de las mujeres de la zona nororiental (Entrevista 4).

Sin embargo la materialización de esta propuesta ha estado mediada por algunas coyunturas propiciadas por los actores del conflicto armado, que han generado situaciones de temor que conllevan a evaluar objetivamente los riesgos que puede producir esta propuesta, ya que si bien, el campo de acción propuesto se amplía a un marco general de las distintas violencias que afectan a las mujeres, no se puede desconocer que allí también inciden las dinámicas de control territorial y social de los grupos armados legales e ilegales.

Esta idea tiene como finalidad, abordar el tema de la seguridad de las mujeres desde el enfoque de la seguridad humana. Y sin determinar aun la forma de nominación, se han implementado campañas para sensibilizar frente al tema de trata de mujeres especialmente en las instituciones educativas de ese sector, pues según información que algunas de ellas empíricamente han recolectado, este es uno de los principales problemas que las afectan.

Igualmente las propuestas de diagnósticos sociales para conocer las violencias que las afectan, en muchas ocasiones han sido lideradas por ellas mismas, buscando aportar con esto los elementos de análisis para construir desde sus bases y desde la Administración municipal propuestas eficaces para intervenir esa realidad y generar transformaciones que les garanticen una vida digna.

A partir de acciones directas, como la toma de sitios comerciales reconocidos socialmente como lugares estratégicos para la comercialización del cuerpo de las niñas y adolescentes a través de campañas con figuras y frases contundentes sobre el tema. Las marchas nocturnas o lunadas en las que participan grupos artísticos, con mensajes alusivos al tema se convierten también en iniciativas concretas.

Sin embargo, las acciones de las mujeres en la zona nororiental, amplían el campo de acción de los derechos humanos, construyendo diagnósticos sobre la situación de las mujeres que dejan entrever como es más alto el número de hogares con jefatura femenina que a su vez

²⁸ Según la investigación recientemente realizada por el Observatorio de Seguridad Humana de Medellín, las dimensiones de la seguridad humana más afectadas desde este enfoque son: la seguridad de las mujeres, la seguridad personal, la seguridad alimentaria y la seguridad en salud.

poseen mejor acceso a los alimentos, bien sea por la falta de ingresos o porque perciben en proporción menos ingreso que los hombres (Valle, 2013).

Esto implica, que tal como ellas lo manifiestan, el enfoque de la seguridad desde el cual se implementen las acciones para prevenir y erradicar las violencias contra las mujeres, sea desde la seguridad humana, el cual permite abordar las otras violencias, como la desigualdad social y la inequidad que predominan en estos sectores, que no son visibles ni logran ser afectadas desde un enfoque tradicional o militarista.

Desde el 2008, promueven un ejercicio de veeduría con perspectiva de género sobre los Planes de Desarrollo Municipales, en los cuales indagan directamente sobre las dependencias encargadas de llevar a cabo los acuerdos pactados con el Movimiento Social de Mujeres y la manera como se vienen ejecutando, pero también realizan propuestas desde un marco de acción posible en los escenarios locales plenamente conocidos por ellas.

Sin embargo la relación entre las mujeres organizadas de las comunidades y la Administración municipal, especialmente la Secretaría de las Mujeres parece estar en una tensión constante, pues aún son muchas las vulneraciones a los derechos de las mujeres que no logran disminuirse tal como se evidencia en las estadísticas, pero además porque las jerarquías tradicionales de la sociedad antioqueña aún logran intervenir y determinar los alcances de algunas propuestas que buscan mejorar su calidad de vida²⁹, situación que pone en crisis los logros de esta dependencia institucional y la incidencia plena del movimiento social de mujeres desde un ámbito local.

4. Consideraciones generales, el enclave de lo institucional y lo comunitario.

A diferencia de las acciones institucionales, las propuestas del movimiento social de mujeres pueden considerarse exitosas en la medida en que son promovidas por la misma comunidad, el ejercicio de liderazgo se legitima en el tiempo y en las acciones que se realizan, existe un mayor conocimiento del territorio en tanto que se identifican los lugares de riesgo en ejercicios de cartografía social que ellas mismas construyen a partir de los recorridos cotidianos que hacen en la zona, tienen la capacidad de hacer el análisis de contexto que les permita identificar la pertinencia o no de las acciones a realizar, no suscritas por una demanda contractual o por la obligación de llenar los formatos de cuantificación que protocolariamente los procesos administrativos exigen con el fin de cumplir indicadores.

Es innegable que uno de los aspectos que a nivel institucional aporta negativamente a esta situación tiene que ver con la falta de continuidad de los procesos al interior de las mismas administraciones, la forma en que algunos/as funcionarios/as públicos/as asumen el enfoque de género, como un asunto más de privilegios que de derechos, lo cual permite entrever las dificultades para la implementación de la política pública con enfoque de género y en consecuencia, las garantías para hacer de las mujeres actores protagónicas en la gestión del desarrollo local (MTMM: 2013).

De la mano de lo anterior está la inconsistencia determinada por asuntos contractuales que no permiten consolidar procesos, lo cual se refiere tanto a los cambios de gobierno como de los

²⁹ Una prueba de esta tensión es la que aún se presenta en la discusión sobre la construcción de la Clínica de las Mujeres que desde hace varios años se presenta sin llegar a ningún tipo de acuerdo que consolide este proyecto que lo que busca es atender la salud de las mujeres de una manera integral.

denominados cargos de técnicas sociales o gestoras, la improvisación con la que en ocasiones llegan, personas que a veces desconocen los procesos ya instalados y en lugar de fortalecerlos entran a competir con ellos en las actividades propuestas. No es desde las directrices institucionales que debe regirse el ámbito comunitario sino desde el acompañamiento a las iniciativas y procesos ya existentes que son desde y para las mujeres en sus territorios específicos.

Se pueden identificar varios factores que impiden la garantía a las mujeres del derecho a la seguridad, algunas son de tipo institucional que incluyen las acciones de la Secretaría de las Mujeres, como las demás dependencias de la administración, entre las que están la Secretaria de Seguridad, la Secretaria de Gobierno entre otras y las respuestas de los aparatos de justicia del Estado, como también algunos sociales o si se quiere territoriales (Entrevista 2), con respecto a los recursos existentes para realizar las denuncias. Aunado a este contexto la existencia del conflicto armado, lo complejiza aún más. De una parte hay una fuerte pérdida de legitimidad de las instituciones y de otra hay situaciones que se tornan contradictorias para las mujeres que viven en estos territorios y no pueden escapar a los vínculos familiares cercanos o lejanos con actores del conflicto.

Hay un avance cuantitativo en el análisis de la información que lleva a cabo la Secretaría de las Mujeres a partir del SIGED, pero la dificultad sigue instalándose en el escenario de la difusión y divulgación de los reportes que puede llegar a generar, los cuales triangulados con los diagnósticos que realizan las mujeres en sus territorios pueden convertirse en una importante herramienta de visibilización de las vulneraciones que enfrentan y un insumo importante para el diseño y formulación de políticas públicas. Esto además debe trascender las metas propuestas analizadas en sentido inverso, ya que no es el alto número de atención de denuncias lo que debe satisfacer el trabajo institucional sino por el contrario la disminución de mujeres que son violentadas y que en consecuencia denuncian.

Pese a que desde el programa de Seguridad Pública para las Mujeres hay un campo referido a la producción de conocimiento, las investigaciones rigurosas en la materia son escasas, tal como lo muestra la aproximación a algunos estudios presentados en el inicio de este artículo. Considerando que hay una base social consolidada y fuerte en el territorio, se debe avanzar en hacer investigaciones a profundidad sobre el tema que involucren directamente a las mujeres en el análisis de la situación y que los resultados sean difundidos para una mayor incidencia en los ámbitos social y político.

La Secretaría de las Mujeres es una institución que ha posibilitado experiencias muy positivas para las mujeres, no sólo porque pone en evidencia los logros del Movimiento Social de Mujeres sino también porque determina la fuerza y la incidencia que pueden alcanzar el movimiento social en general cuando se trabaja de manera organizada unificando intereses. Esto implica también un reto importante en la medida en que se le hace el seguimiento y se le da continuidad a la propuesta original. Esto conlleva a que sea necesario hacer un ejercicio evaluativo para hacer ajustes en su accionar social y político en aras de mejorar la incidencia al interior de la Administración Municipal y generar mayores compromisos de los ya alcanzados.

BIBLIOGRAFÍA.

- ANGARITA CAÑAS, P. E. (2010). “¿Seguridad democrática o seguridad humana?” En: Desde la Región., No. 52, Medellín: Corporación REGIÓN, septiembre, pp.: 32-43.
- _____ (2011). “Capítulo II: Las batallas entre seguridad y derechos humanos” En: Seguridad democrática. Lo invisible de un régimen político y económico. Bogotá: Siglo del Hombre Editores y Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A., pp.:89-141.
- _____ (2012b), Derechos humanos, dominación y resistencia. Globalización e insubordinación. Lección Inaugural. Documento inédito.
- CABRERA T. y Villaseca M. (2007). Presentes pero invisibles: mujeres y espacio público en Lima, Programa Urbano. Lima. Descó.
- CAICEDO, L. P. (2013). Mujeres en territorios urbanos de inseguridad. Corporación Humanas. Bogotá.
- CARCEDO CABAÑAS, A. (2006). Seguridad ciudadana de las mujeres y desarrollo humano, 1era edic. San José de Costa Rica, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- CASTILLO VARGAS, E. (2007). Femicidio, Mujeres que mueren por violencia intrafamiliar en Colombia. Estudio de casos en cinco ciudades del país, Bogotá, Programa Salud Sexual y Género, PROFAMILIA – Colombia.
- CORPORACIÓN PARA LA VIDA MUJERES QUE CREAN Y CORPORACIÓN VAMOS MUJER DESDE LA RUTA PACÍFICA DE LAS MUJERES (2008). VII Informe sobre la situación de violación de los derechos humanos de las mujeres de Medellín con énfasis en las violencias sexuales. Entre resistencias y re – insistencias: llevamos el dolor de las violencias sexuales al lugar del nunca más, Medellín.
- CORPORACIÓN PARA LA VIDA MUJERES QUE CREAN (2012). Ciudadanas Hoy. “Mujeres conquistando escenarios de participación local. Boletín 12 – 13 julio de 2012.
- _____ (2012). Lo que las mujeres deben saber sobre la participación política. *Disponible en:* <http://www.mujeresquecrean.org/pdf/Lo-que-las-mujeres-deben-conocer.pdf>.
- CONCEJO DE MEDELLÍN, Sesión ordinaria acta 218, marzo 20 de 2013
- DURAN M. (2008). La ciudad compartida: conocimiento, afecto y uso, Santiago de Chile, Ediciones SUR.
- FALÚ, A. Editora (2009). Mujeres en la ciudad de Violencias y derechos, Santiago de Chile, Red Mujer y Hábitat de América Latina, Ediciones SUR, 177p.
- GÓMEZ OSORIO, D. J. (2007). “Dignidad asaltada” Violencia sexual en Medellín – 2006. *En:* Re Lecturas, Entre la adversidad y la persistencia. Derechos Humanos en Medellín – 2006. Equipo Observatorio Derechos Humanos. Instituto Popular de Capacitación. Medellín.

- GÓMEZ RAMÍREZ, H. C. Et al (2009). Diagnóstico de seguridad pública para las mujeres de Medellín, Medellín, Alcaldía de Medellín, Secretaria de las Mujeres – INER Universidad de Antioquia, Texto inédito.
- _____ (2010) Revista Kavilando, Universidad San Buenaventura.
- GONZALES MONTOYA, Silvana (2009). “Políticas públicas de mujer y género: el caso Medellín”. En: La Manzana de la discordia, enero-junio, 2009. Vol. 4, No. 1: 33-40.
- HENAO, C. (2011). “Seguridad para las mujeres: entre la invisibilización y las violencias”. Ponencia presentada en el coloquio “Conflicto, Violencia Urbana y Seguridad Humana”. 16 de agosto de 2012.
- KESSLER, G. (2009). El sentimiento de inseguridad: Sociología del temor al delito, 1ra Edición, Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores, 288p.
- LONDOÑO, L. M. y Ramírez, P. (2008). La dominación de regreso a casa. Impacto de la reinserción paramilitar en la seguridad humana de las mujeres, Medellín, INER/UNIFEM/Secretaría de Equidad para las Mujeres de la Gobernación de Antioquia, L. Vieco e Hijas Ltda.
- MASSOLO, A. (2003). Guía para la formulación y ejecución de políticas municipales dirigidas a mujeres. Cuaderno de trabajo No 72. Programa de gestión urbana, coordinación para América latina y el Caribe. Quito: UN-HABITAR.
- MESA TRABAJO MUJER MEDELLÍN (2011). Agenda Ciudadana de las Mujeres de Medellín 2011-2015. “Entre tejiendo los sueños de ciudad de las Mujeres”. Medellín.
- _____ (2013). Pronunciamiento Público de la Mesa Trabajo Mujer de Medellín sobre las Asambleas Barriales del Presupuesto Participativo. *Disponible en:* <http://mesamujermedellin.blogspot.com/>
- PORTER, E. (2005). Mujer y Seguridad: “*No puedes bailar si no puedes sostenerte en pie*”. [en línea]. Madrid: Centro de Investigación para la Paz (CIP-FUHEM). Disponible en: http://www.cipresearch.fuhem.es/pazyseguridad/docs/mujer_y_seguridadPorter.pdf.
- RAMÍREZ CARDONA, C. C. (2010) Ley 1257 de 2008 sobre no violencia contra las mujeres, Herramientas para su aplicación e implementación, Bogotá, Corporación Sisma Mujer, 166p.
- REGUILLO, R. (2006). Los miedos contemporáneos: sus laberintos, sus monstruos y sus conjuros, en: Pereira G. José Miguel y María Villadiego Prins (Editores académicos). Bogotá. Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- RODAS, L. M. (2011). Violencia contra las mujeres: “Una situación que muchas mujeres viven y que pocos actores reconocen”. Informe de Practica. Departamento de Trabajo Social. Facultad de Ciencias Sociales y Humanas. Universidad de Antioquia.
- ROLDAN CARDONA, C. M. y Zapata Molina, G. M. (2010). Situación de las mujeres de Medellín 2005 – 2008, Secretaria de las Mujeres, Alcaldía de Medellín – CINDE.
- SABORIDO, M. Et al. (2009). Equidad de género, compartiendo la ciudad y sus barrios, Santiago de Chile. Ediciones SUR.

- SECRETARIA DE LAS MUJERES (2008). Estrategia de Seguridad Pública para las Mujeres de Medellín. “Medellín, ciudad segura para las Mujeres y Mujeres seguras para la ciudad”. Alcaldía de Medellín. Medellín 2008 - 2011.
- SIERRA A. J. D. (2010). Re-pensando la seguridad: Percepciones y representaciones en torno a la seguridad en Medellín. Observatorio de Seguridad Humana de Medellín. Medellín.
- VALLE, S. (2013) Pronunciamiento de las mujeres de la zona nororiental a la implementación de programas y proyectos del Plan de Desarrollo de Medellín 2012-2015.
- VARGAS, V. (2007) Espacio público, seguridad ciudadana y violencia de género. Reflexiones a partir de un proceso de debate (2006-2007), Programa regional: ciudades sin violencia hacia las mujeres ciudades seguras para todas y todos, UNIFEM, Red Mujer y hábitat de América latina y el Caribe.
- VELEZ - GUZMAN, Y. (2012). Femicidios en Medellín 2011-2012: Conceptualización, caracterización y análisis. En: Revista Criminalidad. Volumen 54, No 2. Julio-Diciembre de 2012. Bogotá. P. 13-26.
- VILLA MARTÍNEZ, M. I. Et. al (2003). Rostros del miedo, una investigación sobre los miedos sociales, Medellín, Corporación Región.
- VILLELLAS ARIÑO, M. (2007). El debate feminista sobre la seguridad. *Disponible en:* <http://www.nodo50.org/mujeresred/spip.php?article1098>.

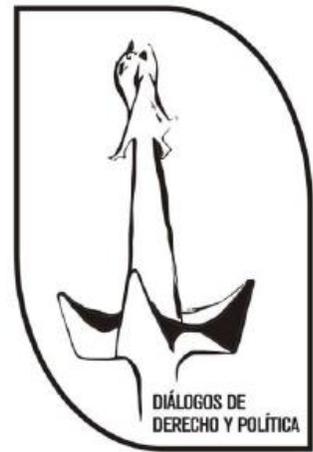
Entrevistas

Entrevista 1. Sub secretaria de Transversalización, Secretaria de las Mujeres, Octubre de 2013.

Entrevista 2. Profesional Universitaria, Secretaria de las Mujeres, Consejo de Seguridad para las Mujeres, Octubre de 2013.

Entrevista 3. Líder Mesa Trabajo Mujer de Medellín, Noviembre de 2013.

Entrevista 4. Entrevista grupal Lideresas, Comuna 1, Noviembre de 2013.



Derecho de resistencia en el contexto de proyectos extractivistas. El caso de Piedras – Tolima.¹

Semillero de Sociología del Derecho y Teorías Jurídicas Críticas

Grupo de estudio enfocado en la reflexión acerca de la relación entre Sociedad y Derecho desde una perspectiva contra-hegemónica de las instituciones jurídicas. El Semillero hace parte del grupo Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.
E-mail: si.sd.tjc@gmail.com.

¹ Este artículo es el resultado de un trabajo colectivo realizado por los estudiantes Gonzalo Galindo, María Botero, Camilo Galindez, Didier Vargas, José Luis Sánchez, Tatiana Lopera, Larry Isaza y Cristian Molina. Agradecemos la colaboración de los profesores Gabriel Ignacio Gómez y Sergio Giraldo, coordinadores del semillero, por su asesoría y apoyo. Igualmente agradecemos a María Adelaida Galeano sus comentarios y sugerencias.

Resumen.

Los proyectos extractivos de gran escala han irrumpido con fuerza durante los últimos años en Colombia. En esta nueva fase de la globalización económica neoliberal, subyace una visión sobre el Desarrollo que privilegia el crecimiento económico y la acumulación de capital como principios organizativos de la vida social. Igualmente, se consolidan lugares comunes que buscan normalizar y universalizar visiones del mundo en virtud de las cuales la naturaleza se constituye en una mercancía. Al mismo tiempo, se niegan otros estilos de vida y se marginan a los sujetos sociales que padecen las consecuencias negativas de los proyectos extractivistas, como es el caso de las poblaciones campesinas. Este artículo busca analizar críticamente el discurso de Desarrollo y mostrar las posibilidades emancipatorias del Derecho con respecto a los proyectos extractivistas de gran escala. Para tal efecto, se propone un estudio de caso sobre la reciente experiencia de la consulta popular en el municipio de Piedras, Tolima, en el cual el pueblo se pronunció negativamente a la pretensión de la multinacional AngloGold Ashanti de instalar en su territorio una planta para la lixiviación del oro.

Palabras clave: Desarrollo, proyectos mineros de gran escala, derecho y resistencia.

Derecho de resistencia en el contexto de proyectos extractivistas. El caso de Piedras – Tolima

"Prometemos una vida de derroche y despilfarro, y en el fondo constituye una cuenta regresiva contra la naturaleza, contra la humanidad como futuro"

José "Pepe" Mujica.

Durante más de dos décadas América Latina ha padecido la imposición de un modelo económico dirigido a la desregularización del mercado, la privatización de los servicios públicos, y la disminución del Estado en beneficio de actores económicos² que inciden cada vez más en la vida social (Lemaitre, 2011, p.15). En el marco de esta orientación neoliberal y en el comienzo del nuevo milenio, se han potenciado los llamados "sectores extractivos". Estos sectores, entre los que se destacan la minería y los hidrocarburos, se caracterizan por la explotación masiva de recursos naturales, su procesamiento adicional limitado y la exportación hacia mercados globales (Gudynas, 2011, p.385).

Tal tendencia, en el contexto de la economía mundial, ha acentuado el rol asignado al continente Latinoamericano desde la época de la colonia, a saber: el de exportador de materias primas pagadas con ilusiones o desafueros. Y como consecuencia de la función, que ha sido pensada "desde arriba" para los pueblos de América, somos hoy testigos de la eclosión de una cantidad de conflictos y resistencias que germinan a lo largo del continente, al ritmo de los asaltos de los designios hegemónicos. Es justamente este drama, el que nos invita a reevaluar no sólo los específicos proyectos destinados a la obtención de minerales e hidrocarburos, sino las mismas bases conceptuales de la idea que los sustenta: el desarrollo entendido como crecimiento económico (Gudynas, 2011).

En este orden de ideas, las avanzadas de los discursos y prácticas dominantes, hoy instalados como mandatos del "sentido común", tienen como correlato una inmensa comunidad, que hoy identificamos como "Sur Global". En palabras de los profesores Boaventura de Sousa Santos y César Rodríguez Garavito (2007): "el Sur expresa no una localización geográfica, sino todas las formas de subordinación (explotación económica; opresión étnica, racial o de género y similares) asociadas con la globalización neoliberal. El sur, en resumen, alude a todas las formas de sufrimiento causadas por el capitalismo global"³. (p. 19).

Una perspectiva "desde abajo", como la nuestra, busca dar voz a esa comunidad oprimida, invirtiendo el orden tradicional en el cual han sido abordadas las cuestiones sobre Derecho y Sociedad. No se trata, en nuestro caso, de remarcar el protagonismo de las élites e instituciones dominantes, reduciendo la mirada a su accionar; tampoco de acotar el análisis

² Véase por ejemplo la profunda incidencia que tienen hoy los intereses de las empresas multinacionales y transnacionales en la elaboración de políticas públicas.

³ En otro lugar, con igual lucidez, Santos (2010) explica: "El Sur global no es entonces un concepto geográfico, aun cuando la gran mayoría de estas poblaciones viven en países del hemisferio Sur. Es más bien una metáfora del sufrimiento humano causado por el capitalismo y el colonialismo a escala global y de la resistencia para superarlo o minimizarlo. Es por eso un Sur anticapitalista, anticolonial y antiimperialista. Es un Sur que existe también en el Norte global, en la forma de poblaciones excluidas, silenciadas y marginadas, como son los inmigrantes sin papeles, los desempleados, las minorías étnicas o religiosas, las víctimas del sexismo, de homofobia y racismo." (p. 49)

a las relaciones de mercado. Es imperioso, en el actual contexto de la globalización hegemónica, tender lazos académicos y políticos con esas formas de conocimiento y resistencia que han sido sistemáticamente invisibilizadas. Para esto, estimamos plausible la construcción de lo que Boaventura de Sousa Santos denominan la “sociología de las emergencias”. De acuerdo con Santos & Rodríguez Garavito (2007):

Interpretar de una manera expansiva las iniciativas, los movimientos y las organizaciones que se resisten a la globalización neoliberal y que ofrecen alternativas frente a ella (...) con el propósito de hacer visible y creíble el potencial que está implícito o permanece embrionario en las experiencias que se examinan. Esta ampliación simbólica busca exponer las señales o claves de las posibilidades futuras e incorporan el conocimiento de las prácticas jurídicas marginadas o nacientes. (p. 21)

Por tanto, lo relevante para nuestra reflexión es que ese “Sur Global” constantemente se organiza y asume la forma de movimientos sociales, para construir espacios de resistencia dirigidos a la lucha contra-hegemónica. Uno de estos espacios es el Derecho, con quien se dan una serie de interacciones complejas. Al decir del jurista indio Balakrishnan Rajagopal (2007):

Las luchas populares tienen una relación ambivalente con el derecho. Por un lado, tienden a ver el derecho como una fuerza al servicio del statu quo y de la dominación, que debe ser, o bien confrontado como parte de una lucha política más amplia, o bien ignorado en gran medida por ser irrelevante. Por otro lado, esas luchas difícilmente pueden eludir el derecho, puesto que les proporciona un espacio para la resistencia. De hecho, se tiene cada vez más la percepción de que el derecho es un espacio de enfrentamiento entre diferentes actores, como son los movimientos sociales y los Estados, y que una teoría del derecho o de la decisión judicial que ignore este hecho es inadecuada. (p.167)

Una de las luchas emprendidas hoy, en el campo del Derecho, es la de la comunidad de Piedras, municipio del Tolima, en Colombia, que ha tomado mano de nuestro ordenamiento jurídico para resistir a la tormenta del extractivismo, y detrás de él, a la concepción dominante de Desarrollo. El 28 de julio de este año culminó una etapa de la lucha de los piedrunos, que ha surtido un inspirador proceso de empoderamiento popular, a través del cual la comunidad se ha apropiado de los contenidos democráticos de la Carta del 91 y ha impulsado una Consulta Popular, en la que la mayoría de sus miembros, en rigurosa observancia de la ley 134/94 y de la Constitución Política, rechazó las pretensiones de la multinacional AngloGold Ashanti (AGA) de construir, en territorio piedruno, una planta de procesamiento para la lixiviación del oro extraído de la Colosa.

El conflicto socio-ambiental al que ha dado lugar la pretensión de la multinacional AGA, es fundamental para el presente y futuro de las fuerzas que se oponen a los mega-proyectos de Desarrollo en el país, pues si bien Piedras es el primer municipio en acudir a la Consulta Popular para canalizar el rechazo, hoy son varias las comunidades de Colombia que han construido procesos de resistencia a tales proyectos⁴, y que podrían, a partir de un “efecto

⁴ Son significativos en Colombia, por ejemplo, los movimientos de defensa del medio ambiente y la vocación productiva de su territorio asentados en los municipios del suroeste antioqueño; asimismo ha sido paradigmática la lucha de los santandereanos en defensa del páramo de Santurbán.

dominó”⁵, tomar las vías institucionales de los mecanismos de participación ciudadana para hacer efectivas sus determinaciones sobre lo que desean o no para sus territorios.

Además, detenernos en su estudio supone redimensionar el rol de la academia en la sociedad. Como recientemente lo advertían varios académicos del país en carta enviada al gobernador de Antioquia con ocasión del desplazamiento de cientos de campesinos, pesqueros y barequeros por parte del proyecto Hidroituango, el papel de la academia y de la Universidad no puede seguir siendo “observar la marcha de los acontecimientos y luego registrar a posteriori las consecuencias que traiga consigo la ejecución de este tipo de proyectos”⁶. Consideramos por tanto, como misión irrenunciable, participar activamente del debate político-jurídico, en busca de posibilidades que dignifiquen la existencia del “Sur Global”. Como afirman Santos&Rodríguez Garavito (2007):

La sociología de lo emergente, al igual que todas las teorías críticas, se basa en una concepción más rica de la realidad y el realismo. El punto de partida de la teoría crítica es la afirmación de que la realidad no puede reducirse a aquello que existe. Desde ese punto de vista, un análisis realista es aquel que ofrece, junto con una exploración de lo que es real y de lo que es necesario, una explicación futura de aquello que es posible. (p.22)

En consecuencia, el propósito de este artículo consiste en analizar el rol del Derecho en el conflicto descrito, evaluando su dimensión política y por tanto, encontrando detrás de los discursos normativamente contruidos, apuestas socio-culturales que sustentan ideas divergentes del Desarrollo. Además, pretendemos examinar sus posibilidades emancipadoras de cara a la defensa de una alternativa al modelo de Desarrollo hoy apuntalado por la economía extractiva.

Para tal propósito, observamos el siguiente plan de exposición. En primer lugar, planteamos un análisis crítico del discurso del Desarrollo que se ha ido institucionalizando de forma progresiva. En segundo término, abordamos el entendimiento socio-político del Derecho desde un punto de vista constructivista orientado por los planteamientos de Pierre Bourdieu, encontrando de esta manera, vías emancipatorias para los movimientos sociales. En tercer lugar, esbozamos las particularidades del caso de la comunidad de Piedras - Tolima. Y, finalmente, proponemos algunas conclusiones.

La lógica del Desarrollo.

La idea de Desarrollo a la que, desde hace más de veinte años, se han ido acomodando las naciones latinoamericanas, y entre ellas Colombia, está estrechamente vinculada a las dinámicas internacionales del mercado y se caracteriza por asumir que el crecimiento económico y la acumulación son los fines supremos de la vida social. Eduardo Gudynas (2011) señala que este entendimiento del progreso está íntimamente relacionado con una visión del medio ambiente que asume que en el continente hay enormes riquezas ecológicas dispuestas para el provecho del ser humano, el cual, por las incalculables dimensiones de

⁵ Así, la comunidad del municipio de Tauramena – Casanare, ha programado una consulta popular para rechazar la exploración que, en busca de petróleo, se pretende llevar a cabo en su territorio. Como en el caso de Piedras, los taurameneros persiguen la protección del recurso hídrico que los acompaña. Véase : <http://www.elespectador.com/noticias/economia/tauramena-busca-frenar-exploracion-petrolera-una-consul-articulo-461154>

⁶Derecho de petición liderado por la hoy magistrada auxiliar de la Corte Constitucional, Gloria Patricia Lopera Mesa.

los recursos no tiene límites ecológicos inminentes. En sus palabras, se percibe la naturaleza como una “canasta de recursos que debe ser aprovechada” (Gudynas, 2011, p.382) y, bajo esta lógica, el logro de tal propósito, mediante la transformación de los recursos en bienes y servicios, es el que determina el nivel de Desarrollo alcanzado.

El contexto de la globalización neoliberal, que tiene lugar actualmente en nuestras sociedades, es la fuente de propagación de esta concepción dominante del Desarrollo⁷. Por esta razón, los gobiernos nacionales, independientemente de si son conservadores o progresistas, miden sus triunfos políticos y económicos desde el aumento de las exportaciones, la atracción de mayor inversión extranjera, el crecimiento del PBI y el logro de equilibrios macroeconómicos (Gudynas, 2011). Como consecuencia de esta visión hegemónica de Desarrollo se ha impuesto una visión correlativa del Estado que, según expone Julieta Lemaitre Ripoll, empieza a basarse en el modelo neoliberal de desregulación económica, privatización de los servicios públicos y el énfasis en la garantía de los derechos de propiedad, sobre todo la de grandes inversores (Lemaitre, 2011: 15).

Este entendimiento del propósito vital de una sociedad, y en su interior, de todo individuo, que está contenido en la idea expuesta de Desarrollo, ha sido producto de una audaz estrategia de los sectores hegemónicos para imponer sus intereses en la dinámica social. Así, la lógica del Desarrollo se ha valido de ciertas líneas argumentativas que se normalizan en la vida social.

La primera de ellas se sirve de un principio jurídico, incorporado por la mayoría de ordenamientos, según el cual, el Estado, en ejercicio de sus funciones, debe propender por el interés general. En este sentido, se promueve la idea del Desarrollo como un medio para la consecución de dicho interés, o, en su defecto, llevando el principio a niveles más críticos, se impone esta idea aduciendo que el interés particular debe someterse, en toda circunstancia, al interés general, aun cuando para ello se necesite el uso de la fuerza y cuando ese interés particular represente el de toda una comunidad. Balakrishnan Rajagopal (2007) denomina esta línea argumentativa como ‘desarrollista’ y la describe, dentro de la lucha social en el valle de Narmada, en busca de la protección del río que lleva este nombre de la construcción de unas presas, afirmando que la Corte Suprema de la India:

Destaca el valor de las presas en sí como instrumentos para el desarrollo, y presenta el argumento utilitarista general de que el bien público justificaría el sacrificio de algunos en beneficio de muchos (...) la Corte declara que (...) no es justo que las tribus y las personas en aldeas subdesarrolladas continúen viviendo en condiciones indignas, sin gozar nunca de los frutos de la ciencia y la tecnología que permitan disfrutar de una mejor salud y tener una mejor calidad de vida. (p. 187)

⁷ Así, el extractivismo aparece como un rasgo distintivo del proyecto global. En tal sentido, en investigación reciente, Luis Jorge Garay (2013) sentencia: “El proceso actual de titularización de bienes agrícolas y recursos naturales en los mercados mundiales de capitales, la adquisición masiva de tierras, el licenciamiento extensivo del subsuelo para la explotación de recursos naturales no renovables, la implantación de modalidades para la mercantilización del uso de la tierra como el derecho real de superficie (DRS) y la apertura a la inversión extranjera, y acaparamiento del uso del suelo y del subsuelo y/o de la propiedad de tierras en países en desarrollo, por parte de capitales extranjeros y nacionales poderosos, productivos y financieros, es uno de los rasgos distintivos de la etapa contemporánea de la globalización capitalista.” (p. 15)

La segunda línea argumentativa consiste en la promoción del Desarrollo mediante discursos popularizados que, en primer lugar, descalifican como subdesarrollados a los países cuyas culturas tienen cosmovisiones ajenas a tal entendimiento del progreso; y en segundo lugar, alientan, bajo el marco de la globalización, la incorporación de tales países en las dinámicas productivas dependientes e insostenibles. Al respecto, y en relación con una de las manifestaciones particulares del Desarrollo, Gudynas (2011) afirma que:

“En tanto el extractivismo profundiza la exportación de materias primas, ese camino refuerza un papel subordinado a la globalización. Sus precios siguen siendo controlados por otros actores extra-continetales, se acepta la institucionalidad comercial que los regula (particularmente la Organización Mundial del Comercio), y paralelamente esto desemboca en impedimentos prácticos para una verdadera integración dentro de América Latina.” (p. 388).

En tercer lugar, para el logro de este objetivo sirven los estándares internacionales que definen el valor del país de acuerdo a su fidelidad al modelo, y los gobiernos nacionales que, o bien hacen parte de la élite en últimas beneficiada, o que, por alguna razón, con independencia de su orientación política, han incorporado a sus planes de gobierno la ideología fatalista y contraproducente según la cual para el bienestar de sus comunidades no hay otra alternativa. En este sentido, Gudynas (2011) enseña que las justificaciones del Desarrollo y, particularmente, del extractivismo, han empezado a apelar con mucha frecuencia a su relación con planes sociales. De acuerdo con este autor:

“En efecto, los gobiernos progresistas sostienen que el Estado debe intervenir para mantener y expandir el extractivismo como medio indispensable para obtener recursos financieros con los cuales mantener planes y programas de ataque a la pobreza. La novedad en muchos de esos programas son los mecanismos de compensaciones y asistencias financieras focalizadas en los sectores más pobres. Aunque la renta captada a los sectores extractivos tiene en realidad destinos muy diversos, es común que el discurso de legitimación se centre en este tipo de programas.” (p. 388).

En cuarto lugar, los discursos promotores del Desarrollo son interiorizados por cada país, a tal punto, que empiezan a encontrar en los recursos jurídicos instrumentos de apoyo y ejecución de sus proyectos. Así, se expiden normas promotoras de esta visión del progreso o se flexibiliza la aplicación de aquellas que fungen como mecanismos de control, haciendo de la institucionalidad de cada país un escenario idóneo para la expresión y consolidación de la hegemónica concepción del Desarrollo. De tal modo, los movimientos sociales que resisten, quedan reducidos a blancos de críticas que los conciben, no como organizaciones en pro de la dignidad y la vida, sino como obstáculos al progreso y enemigos de la nación (Rajagopal, 2007).

Las líneas argumentativas afines al Desarrollo que hemos mencionado confluyen en una nota que las caracteriza, ésta es la invisibilización de la oposición⁸, de la diferencia, de lo alternativo. Las dicotomías interés general- interés particular, desarrollado-subdesarrollado,

⁸ Así sucedió, por ejemplo, en el caso del proyecto Hidroituango, en el cual el cubrimiento de prensa se enfocó predominantemente en información aportada desde la institucionalidad, pero la transmisión de las voces de los campesinos y sus dramas particulares fue realmente precaria.

progreso-retraso y local-global, así como la idea de una única salida posible, son manifestaciones de la producción de inexistencias implementada por los promotores del Desarrollo como un bien universal, deseable e ineludible en la búsqueda de bienestar. Lo anterior, ha sido analizado por Santos (2010) desde el fenómeno que denomina “Sociología de las Ausencias”, según el cual existen varias formas sociales de “no-existencia” producidas o legitimadas por la razón eurocéntrica dominante: lo ignorante, lo residual, lo inferior, lo local o particular y lo improductivo. En este sentido afirma:

“Se trata de formas sociales de inexistencia porque las realidades que conforman aparecen como obstáculos con respecto a las realidades que cuentan como importantes: las científicas, avanzadas, superiores, globales o productivas. Son pues, partes descualificadas de totalidades homogéneas que, como tales, confirman lo que existe y tal como existe. Son lo que existe bajo formas irreversiblemente descualificadas de existir”. (p. 45).

Más adelante Santos (2010) señala que:

“La diversidad del mundo es infinita, una diversidad que incluye modos muy distintos de ser, pensar y sentir, de concebir el tiempo, la relación entre seres humanos y entre humanos y no humanos, de mirar el pasado y el futuro, de organizar colectivamente la vida, la producción de bienes y servicios y el ocio. Esta inmensidad de alternativas de vida, de convivencia y de interacción con el mundo queda en gran medida desperdiciada porque las teorías y conceptos desarrollados en el Norte global, y en uso en todo el mundo académico, no identifican tales alternativas y, cuando lo hacen, no las valoran como contribuciones válidas para construir una sociedad mejor.” (p. 50)

Actualmente, el extractivismo es la manifestación más representativa del concepto de Desarrollo al que nos hemos referido en este escrito. En ella se identifica, en forma agudizada, la expresión práctica de los efectos negativos de toda la base conceptual de Desarrollo hegemónico. Las críticas al Desarrollo, y en particular al extractivismo, han ido desde la puesta en duda de sus beneficios económicos, hasta la denuncia de sus graves impactos en éste campo, en el ambiental y en el social.

En el primer caso la crítica es enfática en la solapada práctica de externalizar los costos del Desarrollo hacia las comunidades locales, además de cuestionar también, la normatividad tributaria sobre el sector extractivista, la ausencia de tasas y cánones sobre el uso de recursos naturales, los gastos millonarios del gobierno en su intento de reparar los daños ambientales dejados tras la actividad minera y petrolera, y las cuantiosas sumas dirigidas a subsidiar el Desarrollo y estimular la inversión extranjera (Gudynas, 2011). Por estas y otras razones es que Garay (2013), afirma:

“Preocupa sobremanera que se pretenda una aplicación de políticas como la profundización de la apertura a los capitales nacionales y extranjeros para la explotación del subsuelo en países en los que no existe un riguroso régimen regulatorio, ni una sólida institucionalidad pública, ni un sistema tributario para velar por una tributación equitativa, progresiva y eficiente sobre el sector minero-energético y por la captación de una adecuada renta minero-energética. Ni que se cuente con un esquema apropiado de seguimiento de los precios de transferencia

al exterior, ni de imposición a empresas extranjeras. Precisamente esto ocurre especialmente en países como Colombia en el sector minero y agrícola, por ejemplo.” (p.17)

En el segundo caso, el llamado de atención se centra en sus prácticas contaminantes capaces de destruir totalmente importantes áreas naturales, y en los riesgos de desastres ambientales irreversibles, (como por ejemplo los ocasionados por derrames de petróleo⁹), además de los efectos negativos de las obras de infraestructura, transporte y comunicación de esos proyectos.

Y, finalmente, en el tercer caso, se alerta sobre su participación en el aumento de la desigualdad, la producción de desarraigo, la fragmentación territorial, la afectación de culturas aborígenes, campesinas y afrodescendientes, la exacerbación de la violencia, la afectación y eliminación de estilos de vida autóctonos, la estimulación de la corrupción y la disminución de la calidad de vida. Consecuencias que, en todo caso, deben apreciarse desde fenómeno de la globalización (Garay, 2013: 11).

Ante el panorama descrito, empiezan a surgir espacios de debate y construcción de alternativas, en los que se reconoce como principal protagonista la voz del Sur Global, reivindicándose cosmovisiones nativas, sobrevivientes al “epistemicidio”¹⁰ (Santos, 2010) causado por las posturas hegemónicas, y resistentes a su constante intento de dominio.

Tales alternativas han sido planteadas con diversos enfoques y matices, de modo que pueden hallarse, por un lado, modelos de Desarrollo alternativo, como aquellos cuyo objetivo es lograr una producción más limpia, o apostar a un Desarrollo sostenible; y por otro lado, modelos de alternativas al Desarrollo, los cuales en términos de Gudynas, “pueden ser englobadas bajo el término de post-extractivistas” y propugnan por un cambio radical en la manera de entender la vida, y en ella, la forma de relacionarse con el medio ambiente, este es el caso de la incorporación de la cosmovisión del Buen Vivir en las Constituciones de Bolivia y Ecuador (Gudynas & Acosta, 2011).

Entre los contenidos posibles de tales modelos alternativos al Desarrollo, Gudynas (2011) propone que medie una transición en la que, por ejemplo, se fortalezca el control y la gestión ambiental, opere una corrección de los precios que internalice los costos sociales y ambientales de producción, se atiendan con cuidado los cambios en la dinámica de exportación y se promueva la integración latinoamericana, se potencien las políticas públicas y la regulación estatal, se fortalezcan otras cadenas productivas y se promueva la cohesión social.

En el caso colombiano es posible encontrar manifestaciones socio-jurídicas de este campo de combate entre la dominación y la resistencia. Traemos a colación el caso de la Consulta Popular realizada en Piedras-Tolima como un ejemplo de esta disputa, en el que el llamado de atención radica en la necesidad de democratizar la construcción de país, y la invitación

⁹ Piénsese, por ejemplo, en el desastre ambiental que generó el derrame de carbón en el mar caribe por parte de la multinacional Drumond Company, Inc. Al respecto: http://www.eltiempo.com/colombia/caribe/ARTICULO-WEB-NEW_NOTA_INTERIOR-12582381.html

¹⁰ Expresión acuñada por el profesor Boaventura De Sousa Santos, para designar aquellas prácticas que limitadas a una racionalidad eurocéntrica, desprecian y aniquilan otros procesos cognitivos que son igualmente valiosos y enriquecedores en el contexto de la diversidad planetaria.

consiste en problematizar y cuestionar las realidades de fondo ocultas en los discursos dominantes.

En el marco de lo expuesto y, específicamente, de las alternativas posibles, se impone la necesidad de valorar las posibilidades de los movimientos sociales dentro del Derecho, pues este aparece de manera constante en los conflictos desatados por la imposición de la concepción tradicional de Desarrollo.

El Derecho proporciona espacios para la resistencia.

Desde la perspectiva esencialmente crítica del sociólogo francés Pierre Bourdieu (2000), podemos entender el Derecho como un “campo de lucha”, un espacio de confrontación definido por el producto de la relación de fuerzas entre distintos actores que buscan apropiarse del capital jurídico existente con el fin de viabilizar sus intereses. Así, advertimos un sistema que no es homogéneo en su estructura: por una parte, no refleja únicamente la voluntad de un grupo de poder y por tanto no corresponde a un sistema dirigido exclusivamente a la dominación de una clase por otra; pero, por otro lado, tampoco es una vía plena y armónica para canalizar el sentimiento de la voluntad general y construir una democracia que a través de lo formal termine siendo expresión emancipatoria. Sin embargo, es menester aclarar que, por la desigualdad de fuerzas que se enfrentan en la conquista de este campo, el entramado jurídico suele resultar funcional a una ideología hegemónica encarnada por los grupos dominantes que, en este caso-como se describía en el apartado precedente- radica en el entendimiento del Desarrollo como crecimiento económico ilimitado, en un contexto de recursos finitos y modos de vida que riñen abiertamente con las estrategias emprendidas por las grandes empresas multinacionales y transnacionales para la maximización de utilidades. En este sentido, Garay (2013) advierte:

“El escenario de economía política de la distribución de la renta minero-energética se puede tornar todavía más perverso (...) en la medida en que en el usufructo de su poder económico importantes empresas minero-energéticas transnacionales o incluso grupos económicos domésticos puedan tener una excesiva capacidad de influencia efectiva sobre instituciones públicas responsables para la adopción e implantación de normas y regulaciones favorables a sus intereses privados y egoístas en contra incluso de los intereses colectivos perdurables, sin una debida corresponsabilidad social por parte de los agentes beneficiarios.” (p. 19)

No obstante, consideramos que hay espacios para que dentro del Derecho, los movimientos sociales y las luchas populares se abran camino haciendo un uso contra-hegemónico del mismo y emprendiendo transformaciones jurídicas, como la aplicación efectiva de normas que han sido ineficaces o la conquista de interpretaciones socialmente justas que terminen siendo vinculantes por la vía del precedente¹¹. La acción jurídica se erige entonces como una herramienta más con la que cuentan las comunidades para lograr la solución a sus demandas.

Por otro lado, puede verse de igual forma, cómo al interior del Estado existen tensiones o contradicciones, incluso sobre tópicos hegemónicos tan nucleares como la visión del

¹¹Estas transformaciones jurídicas, son denominadas “modalidades del cambio jurídico” y analizadas en el caso del Movimiento de los Sin Tierra en Brasil por Houtzager (2007).

Desarrollo. Así Lemaitre Ripoll (2011), con especial referencia al conflicto por la tierra en nuestro país, explica:

“En el interior del mismo Estado existen tensiones entre las diversas visiones de desarrollo y de la protección de los derechos de pequeños propietarios, colonos poseedores y minorías étnicas. Las tensiones internas del Estado están imbricadas en variantes del mismo discurso dominante de desarrollo que también son contradictorias al integrar en sus valores no sólo la propuesta tradicional de desarrollo, sino la exigencia de su sostenibilidad (que se requiera la conservación) y la importancia de la participación comunitaria en la toma de decisiones” (p. 16)

En este orden de ideas, desde una perspectiva que supere aquella versión puramente dogmática y formalista del Derecho, y que tenga en cuenta el peso de lo social, surge el interrogante de si el Derecho puede servir como mecanismo emancipatorio que viabilice las pretensiones de los movimientos sociales. A nuestro juicio los beneficios no se pueden valorar exclusivamente en términos de un fallo judicial o el producto de una actuación administrativa, de ganar o perder un proceso. Incluso, en el evento de lograrse un fallo favorable, un solo juez no estaría en capacidad de cambiar el rumbo de la locomotora desarrollista impulsada por las fuerzas hegemónicas, solo por citar un ejemplo. Es por eso que las ganancias se deben verificar, no en el producto de un proceso judicial, sino a lo largo de la relación que se establece entre las partes enfrentadas, en la que el Derecho sólo es uno de los lazos que las vinculan.

El cambio de valores sociales y éticos, las modificaciones en los procesos de toma de decisiones (Rajagopal, 2007), la inserción de nuevos actores sociales anteriormente excluidos, la ampliación de lo político, la transformación de prácticas dominantes, el aumento de la ciudadanía (Santos, 2004, p. 48), son algunos de los aspectos que podríamos calificar como ganancias para los movimientos sociales. En relación a lo jurídico, experiencias alrededor del mundo, como la lucha del Movimiento de los Sin Tierra en Brasil, nos señalan cómo los procesos de resistencia social pueden impulsar la transformación del lenguaje jurídico, insertando nuevos valores y tejiendo nuevas líneas argumentativas, lo que significa que son agentes activos constructores del Derecho¹² (Houtzager, 2004).

Al respecto, puede verse cómo en el caso que nos ocupa, es justamente un espacio de participación que proporciona la Constitución Política, el que genera la oportunidad a la comunidad de Piedras para introducir “valores contra-hegemónicos”, como la protección del medio ambiente o la preferencia por formas de vida comunitarias y campesinas. Lo advertía Lemaitre Ripoll (2011) en los siguientes términos:

“Es de destacar la forma como la importancia de la participación comunitaria resulta en contradicciones en un proyecto de gobierno que se auto comprende, no sólo como desarrollista, sino también como democrático. Así, el Estado mismo genera constantemente espacios alternos a la democracia representativa para las voces disidentes, con el objetivo último de reducir los antagonismos y llegar a

¹² El documental “Los Sin Tierra: Por los caminos de América”, es una notable construcción audiovisual que da cuenta de ello. Recuperado el 11 de diciembre: <http://www.youtube.com/watch?v=sH-bpr9nwfs>

acuerdos que legitimen el proyecto de gobierno. Ello crea, sin embargo, oportunidades para la organización de movimientos sociales que introducen valores contra hegemónicos en los discursos y prácticas del desarrollo y que cuestionan el modelo de desarrollo extractivo.” (p. 16)

Ante el anterior panorama queda claro que, en tanto el Derecho se perfila como un “campo de lucha”, los movimientos sociales y en particular, la comunidad de Piedras, tiene oportunidad –aunque desigual- de participar de la confrontación buscando resistir un discurso y un estilo de vida, que contrarían sus propios propósitos existenciales. Por tanto, se impone la necesidad de estudiar las particularidades fácticas que rodearon la lucha de los piedrunos en contra la de la multinacional AGA, con el fin de identificar las funciones del Derecho en tal conflicto, teniendo en cuenta, por un lado, su aspecto represivo de instrumentalización por parte del discurso desarrollista; y por el otro, su dimensión emancipatoria, analizando lo que él mismo puede proporcionar a la comunidad de Piedras, partiendo de nuestro ordenamiento jurídico concreto.

Piedras en el zapato.

Es entonces, propósito del presente apartado, elucidar cómo la lógica del Desarrollo y el Derecho en tanto campo de lucha, emergen como realidades discursivas y prácticas, que resultan insoslayables a la hora de entender las confrontaciones contemporáneas de los grandes proyectos mineros y las comunidades renuentes a sus designios.

Como decíamos inicialmente, en medio de la expansión del sector extractivo que se ha vivido en Colombia durante las últimas dos décadas, manifestada en la “locomotora minero energética” promovida por el gobierno Santos (CINEP, 2012), ha surgido la lucha de Piedras por la defensa de sus derechos y sus patrimonios biológico, cultural, social y político. Como aparece representado por el documental “Piedras en el zapato”, tal municipio se ha metido en los zapatos de la locomotora minera, imprimiendo un fastidio inusitado a la política económica del gobierno de turno.

Piedras es un municipio del departamento de Tolima, fundado en 1552. Su nombre anterior era “Pueblo de San Sebastián del Río de las Piedras” y su nombre indígena fue el de “Itaima” (Destino Tolima, s.f.); se encuentra ubicado aproximadamente a 47 kilómetros al oriente de la ciudad de Ibagué. Uno de sus mayores patrimonios ecológicos, culturales e históricos es el Río OPIA, en donde se pueden encontrar fácilmente ostras de agua dulce, que según la leyenda popular son las lágrimas de Bulira, una princesa que presenció la muerte en el río de su pretendiente Opia (Ríos, 2003). Por otro lado, se dice que estas son la evidencia palpable de que hace millones de años el mar caribe se adentraba en el territorio tolimense (Alcaldía de Piedras, s.f.). Su economía está basada en la ganadería y la agricultura, a pesar de esto, el gobierno nacional pretende imponer la política minera en este territorio, de la mano de la multinacional AGA que busca en Piedras un lugar en el que se puedan lavar las rocas que contienen el oro proveniente de Cajamarca- Tolima.

Esta historia comienza con la concesión del proyecto de explotación aurífera de la Colosa en Cajamarca-Tolima, el cual fue entregado a la multinacional AGA en el 2005. Como todo proyecto minero, la Colosa tiene dos etapas, la de exploración y la de explotación; a la fecha de elaboración de este escrito el proyecto se encuentra en la etapa de exploración, y ya la multinacional AGA ha determinado que como el oro está disperso de manera

superficial por un área de aproximadamente 515 hectáreas, el método para explotar el territorio será el de minería a cielo abierto (Planeta Paz, s.f.). Las inversiones ya superan los 200 millones de dólares y AGA planea comenzar la etapa de explotación en el 2022, el objetivo será extraer alrededor de 14 millones de onzas de oro (AngloGold Ashanti, 2011).

Para explotar la Colosa, es necesario la instalación de la infraestructura necesaria para el procesamiento del oro, entre ella ésta un tranque de relaves, en el municipio de Piedras (Ávila, 2013). Los relaves son los residuos provenientes de los procesos mineros, estos contienen sustancias tóxicas como el arsénico, cianuro y mercurio; los tranques de relave son, entonces, los depósitos de estos residuos, que tienen un gran potencial de contaminación, pues en caso de que las sustancias tóxicas tengan contacto con el agua y el subsuelo, se generarían graves impactos en la fauna, la flora y la población. Al respecto, la Contraloría General de la República estimó inconveniente la ubicación de tranques de relaves en Piedras, debido a que las roturas de los tranques son relativamente frecuentes, desde 1970 se han registrado 70 casos principales en los que se han causado daños sobre los ecosistemas, tierras de cultivo y sobre la población, incluyendo la pérdida de más de mil vidas, pero la razón de mayor peso es que la zona donde se pretende ubicar los tranques es una zona con sismicidad histórica (Restrepo, 2013).

Estos inconvenientes y otros tantos, habían sido advertidos por la comunidad de Piedras y algunas autoridades locales mucho antes de las declaraciones oficiales de la Contraloría, por lo cual la multinacional AGA ha tenido constantes enfrentamientos y resistencias a sus pretensiones. Uno de los sucesos más relevantes en estas dinámicas de imposición-resistencia, anterior a la Consulta Popular, tuvo lugar en febrero de este año, cuando los habitantes de Doima, un corregimiento del municipio de Piedras, bloquearon la única vía de acceso al municipio, pues AGA estaba realizando actividades de exploración en la vereda de Camao sin informar a la comunidad. Ante las denuncias de la población, Cortolima decidió ordenar a la empresa suspender las actividades y, finalmente, la oficina de información de la empresa tuvo que ser cerrada por la presión de la comunidad¹³.

Este enfrentamiento llegó a su punto más álgido el pasado 28 de julio, día en que se realizó la ya referenciada Consulta Popular. Al pueblo piedruno se le preguntó si quería que se explorara, explotara, tratara, transportara y lavaran materiales provenientes de la actividad minera en su territorio, a lo que de manera determinante el 98% de los votantes respondieron negativamente. Desde entonces, el proyecto de la planta de lixiviación de oro en Piedras está en suspendido. Los habitantes de Piedras-Tolima esperan la ratificación de la Consulta Popular por parte del Concejo, pero ésta no se ha podido dar, pues los concejales y el alcalde han recibido una comunicación de la Procuraduría General de la Nación, que advierte que no le corresponde a las autoridades locales la exclusión de zonas de minería, sino a la Nación en cabeza del Presidente de la República, y que podrían incurrir en faltas disciplinarias en caso de tomarse tales atribuciones. (Bermúdez, 2013). Esta práctica de la procuraduría ha sido denunciada por César Rodríguez Garavito

¹³En medio de este conflicto el gobernador del Tolima se volvió un crítico del proyecto minero y el director de Cortolima junto con un líder campesino fueron denunciados penalmente por parte de AGA (El Nuevo Día, 2013). Situación alarmante, pues no es la primera vez que una poderosa multinacional, además foránea, se apresta a instrumentalizar el Derecho penal para la represión de sus contradictores. Así, en mayo de este año, la multinacional Claro, inició una acción penal por manifestaciones en contra de su deficiente servicio. Véase: <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-421145-claro-presenta-denuncia-penal-manifestaciones-su-contra>

como un caso de “matoneo ambiental”, en el cual puede identificarse la fórmula a la que responde el proceder de dicha institución: “intimidar, con cuestionables argumentos jurídicos, a las autoridades que protegen los derechos”¹⁴. (El Espectador, 2013)

La de Piedras es la primera Consulta Popular que se enfoca en el tema minero, y es la decimosexta en el país desde que se creó la Constitución de 1991. La particularidad que se presenta con ésta, es el claro reflejo de la ambivalencia del derecho, porque sirvió a la comunidad de Piedras para canalizar de manera pacífica y democrática el rechazo a la minería en sus territorios tomando mano de los mandatos constitucionales de participación ciudadana, pero, a su vez, por medio de un aparataje normativo como lo es la justificación de la potestad del Estado de ser propietario del subsuelo, ha permitido que no se haya ratificado aún dicha Consulta.

La Consulta popular realizada por los piedrunos es la reivindicación y la defensa de un lugar que posee una importancia histórica, social, cultural y ecológica como el Río Opía, pues en él se ha construido durante años una sociedad que ama, respeta y entiende que lo más hermoso no es el oro amarillo que expresa la cultura occidental. Por el contrario es ese oro azul y verde de su río y de sus paisajes el que constituyen el verdadero tesoro. Asimismo, la lucha de los piedrunos por la defensa del lugar que habitan, implica a su vez una lucha por defender su identidad como comunidad, su historia y sus estilos de vida. Son justamente estos componentes los que estimamos dignos de resaltar para contrariar esa práctica de reducción de la realidad y omisiones culturales que impone el discurso extractivista.

Como pudo verse, la lucha defendida por el pueblo de Piedras, es una lucha que no termina y que involucra de forma compleja una multiplicidad de actores que pueden ubicarse del lado de la resistencia, o bien, del lado de la propuesta desarrollista. Además, la defensa de la identidad y el derecho a existir de un modo opuesto al prescrito por la lógica del Desarrollo, constituye una variante nuclear de la confrontación, pues el problema no viene sólo con las incomodidades y daños que tradicionalmente imparten los proyectos de minería a cielo abierto, sino con la imposición de un modo de entender la vida abiertamente opuesto a las tradiciones y convicciones defendidas por la comunidad.

A continuación, exploraremos la doble dimensión en la que el Derecho se expresa en este conflicto. De un lado, la que hace posible la promoción en nuestro país del extractivismo como manifestación del concepto dominante de Desarrollo. Y, de otro lado, la que le brinda posibilidades jurídicas a los piedrunos, para resistir a los proyectos mineros y defender los resultados de la Consulta Popular que se llevó a cabo en su territorio, lo cual valida la idea constructivista y esperanzadora del Derecho que sustentábamos con anterioridad.

Desarrollo y extractivismo en la normatividad colombiana.

El caso de Piedras- Tolima proporciona un ejemplo claro de cómo la concepción del Desarrollo, entendido como crecimiento económico, se encuentra institucionalizada en las normas jurídicas expedidas por el Estado colombiano. Como se ha venido diciendo, la idea

¹⁴ La persecución a los opositores del proyecto ha alcanzado niveles lamentables. El 2 de noviembre de este año fue asesinado el líder César García Moreno, férreo opositor al proyecto de la Colosa y reconocido activista en la defensa del medio ambiente (Gutiérrez Torres, 2013).

actual y mayoritaria de Desarrollo se erige sobre la base exclusiva del crecimiento económico, lo cual constituye una tendencia global que arrasa con las muy ricas y diversas formas de vida que entienden que hay otras visiones del mundo que pueden realizarse respetando la dignidad inherente a los seres humanos y propendiendo por un uso racional y ponderado de recursos que son ineluctablemente finitos. En este sentido, pretendemos en este apartado, sin ánimo de exhaustividad, advertir cómo la lógica del Desarrollo se ha instalado en tres momentos normativos de nuestro sistema jurídico, situación que evidencia las realidades que han venido siendo descritas y que deben invitar a revisar con sentido crítico, la dimensión política y cultural de las normas que rigen la vida social en nuestro país y en nuestra región.

En primer término, la concepción dominante de Desarrollo en Colombia se manifiesta en una norma jurídica crucial, que es la ley 1450 de 2011, en la cual, con la promesa de “Prosperidad Para Todos”, se implanta una noción de crecimiento sostenido basado en una “economía más competitiva, más productiva y más innovadora, con sectores dinámicos que jalonan el crecimiento, como es el caso del sector minero” (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014). A nuestro juicio, pueden encontrarse allí varias de las orientaciones discursivas que fundamentan la defensa hegemónica del Desarrollo, por lo mismo no es difícil encontrar allí una institucionalización de esa visión antropocéntrica del progreso, la cual, obviamente, no se queda en una mera enunciación, sino que está provista de otras herramientas institucionales que le propician un margen de acción más amplio, tanto como para que hoy se ponga en cuestión con el caso Piedras.- Tolima, uno de los más preciados valores introducidos al Estado colombiano por la Constitución de 1991, el de la participación ciudadana.

No solo la ley 1450 de 2011 plantea dicho entendimiento, la Ley 685 de 2001, actual Código de Minas, da cuenta de la promoción del extractivismo predatorio como parte del modelo económico. Esto se evidencia, por ejemplo, en el artículo 13¹⁵ de la misma, en el cual se expresa que la actividad minera en todas sus fases, prospección, exploración y explotación, debe ser entendida como actividad de utilidad pública e interés general. Este artículo, a nuestro juicio, es el que mejor traduce jurídicamente el discurso extractivista, al punto de prescribir que bajo la argucia de la utilidad pública, se puede expropiar cualquier bien donde se vaya a desarrollar actividad minera, excepto, aquél donde haya un título minero previo¹⁶. Al respecto, además, expresa Garay (2013):

La minería tampoco puede ser considerada como un sector especial de utilidad pública que pueda predominar sobre otros sectores como la agricultura que sí tiene una clara jerarquía constitucional (según la Carta de 1991) en términos de la seguridad alimentaria y de provisión de tierra para la ocupación de población campesina, además de que por sus

¹⁵ Tal disposición prescribe lo siguiente: “Utilidad pública. En desarrollo del artículo 58 de la Constitución Política, declárase de utilidad pública e interés social la industria minera en todas sus ramas y fases. Por tanto podrán decretarse a su favor, a solicitud de parte interesada y por los procedimientos establecidos en este Código, las expropiaciones de la propiedad de los bienes inmuebles y demás derechos constituidos sobre los mismos, que sean necesarios para su ejercicio y eficiente desarrollo.

La expropiación consagrada en este artículo, en ningún caso procederá sobre los bienes adquiridos, construidos o destinados por los beneficiarios de un título minero, para su exploración o explotación o para el ejercicio de sus correspondientes servidumbres.”

¹⁶ Téngase en cuenta que el Código de Minas vigente es el proferido por el legislador en el año 2001, toda vez que la Corte Constitucional en la sentencia C-366/11, declaró la inexecutable de la ley 1382/11 (o “nuevo Código de Minas”) con efectos diferidos de dos años.

múltiples impactos de diversa índole ha de ser sujeta (la minería) a la observancia de una cierta jerarquía y subsidiaridad de derechos entre los fundamentales, los comunitarios, los de propiedad del suelo, las expectativas de derecho sobre el uso del subsuelo y la subsecuente expropiación del suelo, los de restitución de tierras de víctimas sujetos a licencia minera o ambiental sobre su subsuelo, etc. (p. 20)

Otra expresión normativa del sector extractivo, es el decreto 934 de 2013 que reglamenta el artículo 37 del Código de Minas. Este decreto da cuenta de la imposición vertical de la concepción desarrollista, pues prohíbe a los entes territoriales determinar el uso de su territorio y centraliza la planificación del uso del subsuelo en la autoridad minera –hoy Ministerio de Minas y Energía-. Contra tal decreto ya se emprendió una ‘lucha jurídica’: la Alcaldía de Bogotá lo demandó por vulnerar el derecho que tienen los municipios a ordenar su territorio, reglamentar el uso del suelo y defender su patrimonio ecológico (Bermúdez, 2013).

Todas estas disposiciones normativas, muestran el rostro de la hegemonía en una parte del ordenamiento jurídico colombiano y el afán de imponer por parte del gobierno nacional y los grandes poderes económicos, una concepción de Desarrollo ajena a la mayoría de personas de donde este es aplicado. Sin embargo, como advertíamos previamente, aunque el Derecho suela resultar funcional a la ideología defendida por los grupos dominantes, sigue siendo un campo de lucha. Por ello es que en medio de todo el armazón jurídico en donde están insertas las normas descritas, surge también un abanico de posibilidades para la resistencia de los piedrunos a las pretensiones mineras de AGA y el gobierno nacional.

El primer paso en ese sentido, fue la Consulta Popular, lo que sigue es la defensa social de este proceso democrático que se llevó a cabo en Piedras. Hecho este planteamiento, nos disponemos entonces a analizar en este caso específico las posibilidades de resistencia que tiene la comunidad de Piedras en la normatividad colombiana, haciendo énfasis en la defensa de los resultados de la Consulta Popular a través de una perspectiva intrasistemática, esto es, desde la argumentación jurídica.

Posibilidades de resistencia en la normatividad colombiana.

Uno de los propósitos medulares que inspiraron el contenido de la Constitución de 1991 fue, decididamente, ampliar el espectro democrático con el fin de superar el modelo representativo de baja intensidad, predominante en el ambiente político anterior a dicho pacto. Este nuevo modelo descentralizador y participativo, proyectado a través de mecanismos de participación ciudadana como la Consulta Popular, ha generado estructuras de oportunidad política y normativa para la confrontación jurídica de movimientos sociales, como la que nos convoca en el presente estudio.

Sin embargo, los mecanismos propios de la democracia participativa, insertos en nuestro ordenamiento jurídico, no han logrado consolidarse como alternativas contra-hegemónicas y su eficacia hoy en día no es más que simbólica. Una de las razones, como se quiere mostrar, es que la institucionalización del discurso extractivista está soslayando el resto del ordenamiento jurídico, incluso desconociendo los Derechos Fundamentales (Negrete Montes, 2013). Es por ello que consideramos imperativo rescatar insumos argumentativos afines al espíritu de la Carta que sean favorables a quienes han sido las voces silenciadas del conflicto, en nuestro caso, la comunidad de Piedras.

Desde el plano constitucional identificamos cuatro postulados estructurales sobre los que gira el potencial emancipatorio del Derecho en el caso de la lucha liderada por los piedrunos. En primer lugar, tenemos el principio de democracia participativa contemplado en el artículo 1º de la Constitución, entendido no como una aspiración venidera sino como un eje axial del Estado. Como segundo postulado, se encuentra el principio del pluralismo, gracias al cual el Estado debe “reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la nación” (art 7, C.P). En tercer término, está el principio de descentralización y autonomía de las entidades territoriales (art. 1º, C.P), forma en la cual se organiza el Estado colombiano. Y, finalmente, se halla el deber del Estado de “proteger la diversidad e integridad del ambiente, conservar las áreas de especial importancia ecológica y fomentar la educación para el logro de estos fines.” (Art. 79, C.P)

Al decir de la Corte Constitucional, “el principio de participación democrática expresa no sólo un sistema de toma de decisiones, sino un modelo de comportamiento social y político, fundamentado en los principios del pluralismo, la tolerancia, la protección de los derechos y libertades así como en una gran responsabilidad de los ciudadanos en la definición del destino colectivo”¹⁷. En este sentido los mecanismos de democracia participativa son una apuesta por la inclusión social y el reconocimiento de la pluralidad humana en detrimento de la instrumentalización de la idea del bien común.

Asimismo, la Corte afirma: “Los principios de soberanía popular (CP art. 3º), (...) de diversidad étnica y cultural (CP art. 7º) y de respeto a la autodeterminación de los pueblos (CP art. 9º) constituyen junto con los anteriores el ideario axiológico que identifica el sistema jurídico colombiano y le otorga su indiscutible carácter democrático y participativo, presente en los distintos escenarios, materias y procesos de la vida institucional y social del país”. En este sentido el Tribunal Constitucional ha entendido que las comunidades afectadas por mega proyectos, sin importar su carácter social, cultural y económico, tienen que ser informadas y consultadas antes de la toma de cualquier decisión, expresando en la sentencia T-348 de 2012 lo siguiente: “el Derecho a la participación de comunidades que no son titulares del Derecho Fundamental a la consulta previa, debe garantizarse por medios de espacios de información y concertación, en los que se manifieste el consentimiento libre e informado de la comunidad que se verá afectada, con el fin de establecer medidas de compensación eficientes”. De este modo, se ponen algunos límites a multinacionales como AGA, ya las vías de participación de la comunidad en las decisiones trascendentales, dejan de ser meramente informativas, convirtiéndose en espacios de carácter decisorios, donde se incluyan y tomen en cuenta las alternativas de vida de las personas afectadas.

En este contexto, lo que ha hecho el pueblo piedruno al utilizar el mecanismo de la Consulta Popular, ha sido participar de manera directa en la toma de decisiones que afectan su destino colectivo. Su identidad como comunidad, su cultura y sus prácticas tradicionales, como hemos evidenciado anteriormente, están determinadas por el arraigo a su territorio, y en especial al Río Opia, por lo que su pérdida implicaría un perjuicio irremediable a la comunidad. En este sentido, el derecho que constitucionalmente se les reconoce a tener un ambiente sano y participar en las decisiones que puedan afectarlo (art. 79. C.P), no tiene

¹⁷ Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara.

una mera utilidad simbólica sino que tiene un valor intrínseco para esta comunidad, pues son sus estilos de vida los que están en juego.

Por otro lado, la descentralización y autonomía de las entidades territoriales juega un papel fundamental en la materialización de los postulados de la democracia participativa, pues es claro que son los municipios las entidades más cercanas a las necesidades y experiencias de las comunidades. De ahí la importancia del artículo 105 de la Constitución que contempla el mecanismo de la Consulta Popular en municipios y departamentos. Al respecto, hay que decir que de acuerdo con la Corte Constitucional, en sentencia T-123/2009, la Consulta Popular no puede extralimitarse en sus competencias y trazar absolutos inviables. Sin embargo, al analizar la legislación que determina las competencias de los municipios, emerge con claridad que estos tienen la función de velar por el adecuado manejo de los recursos naturales del ambiente, y de conformidad con la Constitución y la ley, garantizar el servicio de agua potable y saneamiento básico a los habitantes en el marco de la normatividad vigente en la materia de servicios públicos domiciliarios.

Con estos argumentos, queremos evidenciar el carácter democrático de la Carta y defender la prevalencia de sus principios fundamentales por encima de intereses económicos y políticos, de agentes que buscan su desconocimiento para viabilizar sus proyectos financieros. No obstante, somos conscientes de las profundas divergencias entre la Constitución normativa, que incluye los principios, valores y derechos consagrados en la Carta del 91, y la Constitución real, determinada por la relación de fuerzas políticas, y consideramos que la vía más factible para dar prevalencia a los postulados progresistas de la Constitución del 91, está dada por la lucha jurídica acompañada por la amplia movilización social, aprovechando el carácter ambivalente del Derecho, para encontrar alternativas posibles a la desafortunada institucionalización del extractivismo.

En este orden de ideas, las cláusulas predatorias del Código de Minas, principalmente los artículos 13 y 37, y demás normatividad que los desarrolla, deben ser contrarrestados, o por lo menos interpretarse de manera armónica con el resto del ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, la prescrita utilidad pública del artículo 13 de la ley 685 de 2001, debe tener en cuenta que el artículo 1° del Decreto Ley 2811 de 1974 establece que el ambiente es patrimonio común por tanto es de utilidad pública e interés social.

Igualmente, el interés general, en tanto argumento común y de utilización indiscriminada por el discurso extractivista¹⁸, debe atender a la limitación establecida por la Corte en la sentencia T-244 de 2012 que dispone lo siguiente: “...se suele acudir al principio constitucional de la prevalencia del interés general (artículo 1° de la Constitución), no obstante, este importante principio constitucional no puede ser aplicado sin tener en cuenta la relación directa que genera la persona con el espacio en el cual se encuentra y sobre el cual cimienta sus actividades económicas, sociales, culturales, entre otras.” Son esta clase de conflictos jurídicos los que deben ser aprovechados por las comunidades, para que a través de la movilización social se nutran de contenido las normas alternativas en el Derecho.

La pregunta de si el Derecho puede ser –o de hecho, es- mecanismo emancipatorio para la comunidad de Piedras, sigue acompañando a cada etapa del proceso de resistencia. Por

¹⁸ Ver *supra*

ahora, como lo hemos sustentado en este trabajo, es razonable concluir que el uso que han hecho los piedrunos del Derecho, sí ha robustecido sus posibilidades de un triunfo definitivo y además ha logrado algunas ganancias, como por ejemplo, la ampliación de la participación política y con ella, de la ciudadanía. Asimismo, mediante tal apropiación de las herramientas proporcionadas por el Derecho, se ha delineado la configuración de esta historia valiosísima que aún no termina: la historia de una comunidad que está construyendo espacios de resistencia y defensa de sus territorios.

En todo caso, resta expresar que los resultados que ofrezca el uso del Derecho por parte de estos agentes del “Sur global”, dependerá también, naturalmente, de la movilización política que se lleve a cabo en respaldo de la decisión de la comunidad. Pues, como se ha argumentado, no son estrictamente las decisiones de los agentes judiciales, las llamadas a determinar el triunfo o fracaso de la resistencia. La conquista reside también, en lograr transformaciones profundas en la lógica del campo jurídico (Houtzager, 2006), por ejemplo, a través de la introducción valores hasta ahora desconocidos por la racionalidad eurocéntrica, alcanzando así una evolución progresista de la cultura jurídica.

En síntesis, si bien el Derecho proporciona espacios para la resistencia, no es suficiente para efectos de lograr transformaciones sociales profundas. Tan sólo constituye uno de los tantos niveles en los que se deben desenvolver las luchas populares.

Conclusiones.

El discurso hegemónico del Desarrollo, fundado en la idea de un crecimiento sin límites a partir del aprovechamiento de los recursos naturales, se ha ido imponiendo en Colombia como orientación prevalente de la política socio-económica. La unilateralidad del concepto, y su incapacidad para integrar interpretaciones divergentes de la naturaleza y la vida social, han impactado negativamente las posibilidades que el pluralismo y la democracia participativa han abierto a las minorías a lo largo de sus territorios.

La concepción dominante de Desarrollo se ha ido institucionalizando. El Derecho tiene una dimensión opresora, que en un contexto desigual e injusto como el nuestro, se expresa en la prelación que tienen las élites, para crear, interpretar y aplicar las normas jurídicas. En este sentido, las disposiciones normativas orientadas a centralizar el poder del Estado, minar las posibilidades de autogobierno de las comunidades locales, potenciar estrategias de progreso fundadas en el enriquecimiento de pocos y desconocer el valor intrínseco del medio ambiente, se convierten en dispositivos reproductores de la desigualdad e invisibilización a las que son sometidas las voces del “Sur Global”.

En el contexto de la actual globalización neoliberal hegemónica, el “Sur Global” organizado en movimientos sociales, y encabezando las grandes causas de las luchas populares, encuentra en el Derecho un espacio para la resistencia. Este es el caso de la comunidad de Piedras – Tolima, que apropiándose de los valores y derechos consagrados en la Constitución del 91, llevó a cabo, a través de los mecanismos institucionales de participación ciudadana, una avanzada contra hegemónica dirigida a la defensa de sus formas de vida y a la dignidad de su territorio.

La lucha desde el Derecho, en busca de sus posibilidades emancipatorias, debe ser rodeada, de manera permanente, de una movilización política más amplia que despliegue sus estrategias a través de la distintas formas de lucha democrática. En consecuencia, para que el pueblo piedruno pueda superar los impases a los cuales se ha visto sometido por gracia de las actuaciones del Gobierno Nacional y de la Procuraduría, tendrá que buscar, en su incesante proceso de resistencia, el acompañamiento de actores políticos y académicos que estén comprometidos con los dramas y reivindicaciones de los más desfavorecidos.

Los estudiosos del Derecho estamos llamados entonces, ante la realidad actual colombiana y la dinámica del campo jurídico mismo, no solo a ser conscientes de lo frágil y lo difícil que son este lenguaje y escenario de fuerzas diversas, sino también a identificarnos como sujetos inmersos en él, que juegan un papel que no ha de ser indiferente ante las luchas que se dan entre un pensamiento emanado "desde arriba" y las posiciones contra hegemónicas, que más allá de ser solo enfrentamientos jurídicos envuelven aspectos vitales de la existencia y bienestar de las comunidades.

BIBLIOGRAFÍA.

ALCALDIA DE PIEDRAS, (s.f) . Nuestro Municipio. Recuperado de http://www.piedras-tolima.gov.co/informacion_general.shtml

ANGLOGOLD ASHANTI. (2011). Proyecto La Colosa. Recuperado de <http://www.anglogoldashanti.com.co/nuestronegocio/Paginas/proyectolacolosa.aspx>

AVILA, R. (2013, 12 de julio) La quimera del oro. Sala de prensa AngloGold Ashanti. Recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/el-dilema-del-gobierno-despues-del-no-de-piedras-la-mineria-45296>

BENJUMEDA BRITO, P. (2013, 6 de Febrero). En 500 toneladas estiman el vertido de carbón de la Drummond al mar. El Tiempo. Recuperado de http://www.eltiempo.com/colombia/caribe/ARTICULO-WEB_NEW_NOTA_INTERIOR-12582381.html

BERMÚDEZ LIÉVANO, Andrés. (2013, 29 de Julio). La encrucijada del gobierno después del 'no' de Piedras a la minería. La Silla Vacía. Recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/el-dilema-del-gobierno-despues-del-no-de-piedras-la-mineria-45296>

BORDIEU, P. (2000). La fuerza del derecho. En C. Gaviria Díaz, I. C. Jaramillo Sierra, C. Morales, J. A. Rivas Campo, & L. C., Elementos para una sociología del campo jurídico (págs. 153-220). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.

CASTILLO LENIS, P. (2013, 9 de Mayo). Claro presenta denuncia penal por manifestaciones en su contra. El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/bogota/articulo-421145-claro-presenta-denuncia-penal-manifestaciones-su-contra>

CHACÓN GONZÁLEZ, J. (2013, 28 de Noviembre). Tauramena busca frenar exploración petrolera con una consulta popular. El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/economia/tauramena-busca-frenar-exploracion-petrolera-una-consul-articulo-461154>

CINEP/ Programa por la paz. (2012). Minería, conflictos sociales y violación a los derechos humanos en Colombia. Recuperado de http://responsabilidadsocial.javerianacali.edu.co/CINEP/IE_CINEPPPP_octubre_2012.pdf

DESTINO TOLIMA, (s.f). Municipio de Piedras, Información General. Recuperado de <http://www.destinotolima.com/piedras.php>

ENFRENTAMIENTO JURÍDICO ENTRE ANGLOGOLD ASHANTI Y CORTOLIMA. (2013, 09 de mayo). El Nuevo Día. Recuperado de <http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/tolima/regional/181371-enfrentamiento-juridico-entre-anglogold-ashanti-y-cortolima>

GARAY SALAMANCA, L. J. (2013). Globalización/glocalización, soberanía y gobernanza. A propósito del cambio climático y el extractivismo minero. En él mismo, *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*. (págs. 9-23). Madrid: Contraloría General de la República.

GUDYNAS, E. (2011). Más allá del nuevo extractivismo. Transiciones sostenibles y alternativas al desarrollo. En F. Wanderley, *El desarrollo en cuestión. Reflexiones desde América Latina*. (págs. 379-410). La Paz: Oxfam y CIDES UMSA.

GUDYNAS, E., & Acosta, A. (2011). El buen vivir más allá del desarrollo. *Qué hacer*, 70-81.

GUTIERREZ TORRES, C. (2013, 9 de noviembre). El “Loco” que se le opuso a La Colosa. *El Espectador*. Recuperado de: <http://www.elespectador.com/noticias/nacional/el-loco-se-le-opuso-colosa-articulo-457492>

HOUTZAGER, P. (2007). El Movimiento de los Sin Tierra, el campo jurídico y el cambio legal en Brasil. En B. Santos, & C. Rodríguez Garavito, *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. (págs. 197-216). Barcelona: Anthropos.

NEGRETE MONTES, R. E. (2013). Derechos, minería y conflictos. Aspectos normativos. En L. J. Garay Salamanca, *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista*. (págs. 23-57). Madrid: Contraloría General de la República.

LEMAITRE RIPOLL, J. (2011). Derecho, desarrollo y conflicto de tierras: ¿La próxima frontera? En J. Lemaître Ripoll, *Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia, nuevos casos de estudio*. (págs. 13-24). Bogotá: Universidad de los Andes.

OSORIO, M. (productor) & Rojas C. (director). (2013). *Piedras en el Zapato* [Cinta cinematográfica]. Colombia.

PLANETA PAZ. (s.f.). ¿Cambiaron oro por agua en Cajamarca?. Recuperado de http://www.planetapaz.org/index.php?option=com_content&view=article&catid=59:noticia-s-del-conflicto&id=130:icambiaran-agua-por-o

RAJAGOPAL, B. (2007). Los límites del derecho en la globalización contrahegemónica: la Corte Suprema de la India y la lucha en el valle de Narmada. En B. Santos, & C. Rodríguez Garavito, *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. (págs. 167-196). Barcelona: Anthropos.

RESTREPO, C. (2013, 28 de septiembre). Contraloría advierte de amenaza sísmica donde AGA instalaría la infraestructura de La Colosa. *El Nuevo Día*. Recuperado de <http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/tolima/regional/195944-contraloria-advierde-de-amenaza-sismica-donde-aga-instalaria-la-infraestructu>

RESTREPO, C. (2013, 19 de septiembre). Cuestionan validez e injerencia de circular del Ministerio del Interior. *El Nuevo Día*. Recuperado de <http://www.elnuevodia.com.co/nuevodia/tolima/regional/195132-cuestionan-validez-e-injerencia-de-circular-del-ministerio-del-interior>

REY, M. & Almodóvar, A. (productores) & Barros, M. (director). (2004). *Los Sin Tierra: Por los caminos de América* [cinta cinematográfica]. Brasil.

RIOS SANTAMARÍA, L. (2003). Palabra Mágica 3. Recuperado de http://books.google.com.co/books?id=PABNxUrcotMC&pg=PA63&lpg=PA63&dq=leyenda+del+rio+opia&source=bl&ots=n9cqvxpxU&sig=u9wJwsO6DIRmpvtiAbOIrPr73wE&hl=es&sa=X&ei=qYh2UpDdOpKsQTb_ICIBA&ved=0CDgQ6AEwAg#v=onepage&q=leyenda%20del%20rio%20opia&f=false

RODRÍGUEZ GARAVITO, C., & Santos, B. d. (2007). El derecho, la política y lo subalterno en la globalización contrahegemónica. En B. d. Santos, & C. Rodríguez Garavito, El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita. (págs. 7-28). Barcelona: Anthropos.

RODRÍGUEZ, C. (2013, 4 de Noviembre). El matoneo Ambiental de la Procuraduría. El Espectador. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/el-matoneo-ambiental-de-procuraduria-columna-456501>

SANTOS, B. d. (2004). Democratizar la democracia. Los caminos de la democracia participativa. México, D.F.: Fondo de Cultura Económica.

SANTOS, B. d. (2010). Refundación del Estado en América Latina. Perspectivas desde una epistemología del Sur. Bogotá: Siglo de Hombre Editores, Universidad de los Andes & Siglo Veintiuno Editores.

Normatividad.

Constitución Política de Colombia

Ley N° 1450. Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Diario oficial N° 48102. Bogotá, 16 de junio de 2011.

Ley N° 685. Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario oficial N° 44.545. Bogotá, 08 de septiembre de 2001.

Decreto N° 934. Por el cual se reglamentan el artículo 37 de la Ley 685 de 20. Bogotá, 09 de mayo de 2013.

Ley N° 134. Por la cual se dictan normas sobre mecanismos de participación ciudadana. Diario oficial N°41373. Bogotá, 31 de mayo de 1994.

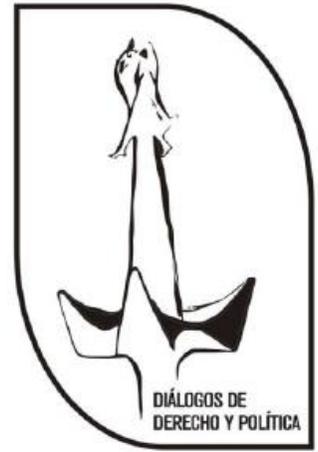
Decreto N° 2811. Por el cual se dicta el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Diario Oficial No. 34243. Bogotá, 18 de diciembre de 1974.

Sentencia C-180 de 1994. M.P. Hernando Herrera Vergara

Sentencia T-348 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Sentencia T-123 de 2009. M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Sentencia T-244 de 2012. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub



¿Dónde está la rebelión? Recientes transformaciones del tratamiento dado al delincuente político.¹

Olga Lucía Bernal García

Abogada de la Universidad de Antioquia, especialista en Derecho Penal
e investigadora de la misma Institución.

¹ Artículo elaborado para optar al título de Especialista en Derecho Penal de la Universidad de Antioquia.

Resumen.

En este artículo se analizan las transformaciones más generales que en los últimos quince años ha tenido el tratamiento penal en Colombia para quienes se consideran delincuentes políticos. Partiendo de una breve aproximación al concepto de delito político, para luego realizar con una revisión normativa y jurisprudencial (de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia) tomando como punto de partida la Sentencia C-456 de 1997 y, de llegada, el Acto Legislativo 01 de 2012.

Palabras clave: Delito político, rebelión, conflicto armado, derecho penal.

¿Dónde está la rebelión? Recientes transformaciones del tratamiento dado al delincuente político.

Introducción.

Este artículo surge de una combinación de experiencias. De una parte, aquella que representa el paso por un programa de especialización en derecho penal como el de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia; es decir, la experiencia de adquirir nuevos instrumentos de análisis y crítica de los problemas propios de una realidad de violencia -institucional y no institucional- relacionada de muchas maneras con el “sistema” penal. De otra parte, una experiencia personal como defensora en procesos adelantados ante los jueces penales del circuito especializados en contra de quienes se consideran rebeldes.

Que se diga que un trabajo sobre la rebelión se pueda desarrollar también a partir del conocimiento de primera mano que se obtiene *en la justicia especializada*, es ya indicativo de la dimensión del problema que se aborda en este artículo, por lo siguiente: aunque el conocimiento de la rebelión² es de competencia de los jueces penales de circuito, la mayoría de los casos llegan a conocimiento de los jueces penales del circuito *especializados*. Y esto es así, porque hoy resulta prácticamente imposible encontrar procesos por el delito de rebelión, que no se adelanten en concurso con otras conductas de mayor entidad que son de competencia de estos últimos.

Uno de los casos más comunes son los procesos por los delitos de rebelión en concurso con el de concierto para delinquir agravado en sus diferentes modalidades³.

Es una práctica común que los fiscales especializados realicen imputaciones por concierto para delinquir agravado con uno o varios de los fines que consagra este tipo penal, en concurso con el delito de rebelión, sin que de los elementos materiales probatorios se puede inferir razonablemente que los imputados se hayan concertado para cometer alguna de las conductas descritas por la norma. Sin embargo, frente a la falta de control material por parte de los jueces de control de garantías, esas imputaciones se mantienen.

Una de las consecuencias de esta práctica, es que algunos procesados en estas condiciones optan por aceptar los cargos por rebelión y defenderse en juicio frente al delito de concierto para delinquir. Como consecuencia, los implicados resultan condenados por las dos conductas (como ocurrió efectivamente en los casos consultados), siendo la pena por el concierto para delinquir muy superior a la de la rebelión no solo por el mayor rango punitivo, sino por el momento procesal en que se produce la decisión final.

²Descrito como aquel en el que incurren “los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente”. Ley 599 de 2000, artículo 467.

³ Ley 599 de 2000, artículo 340: Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses.// Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas, la pena será de prisión de ocho (8) a dieciocho (18) años y multa de dos mil setecientos (2700) hasta treinta mil (30000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Con todo, la experiencia va minando la voluntad. Y las penas altas derivadas de la no aceptación de cargos por concierto para delinquir agravado, ha llevado a que en el largo plazo de estas prácticas el “aprendizaje” que se adquiere en el sistema haya derivado en la terminación del proceso con allanamientos a los cargos o con preacuerdos. No habría que aclarar que en muchos de estos casos, los imputados o acusados son campesinos que residen en zonas de influencia de los grupos insurgentes y que a lo sumo les han prestado algún tipo de colaboración, de manera voluntaria o no, pero que no hacen parte de las estructuras de esas organizaciones, que no se han alzado en armas para suprimir o modificar el régimen existente y que mucho menos se han concertado para cometer actos de terrorismo o similares.

Otra de las situaciones frecuentes que aparece en la consulta de las prácticas del sistema, es el procesamiento de rebeldes por el delito de tráfico o porte de armas de defensa personal o de uso privativo de las fuerzas militares, sin que se haya imputado el delito de rebelión, lo cual impide la subsunción del porte de armas en la rebelión. Por supuesto, hay aquí también casos en los cuales los procesados han optado por aceptar el delito sin declarar su pertenencia a organizaciones insurgentes por temor a que se les vincule con otras conductas más graves.

De la revisión de las sentencias se pudo encontrar también que personas pertenecientes a grupos paramilitares fueron condenadas a penas más bajas que los miembros de la insurgencia armada. La explicación es que a los primeros se les imputó el concierto para delinquir agravado, en tanto a los segundos se les imputó esa misma conducta pero en concurso con rebelión.

Como se ha dicho, y apenas para ilustrar mejor la temática general que aborda este trabajo, se revisaron entonces varias sentencias concretas que dan cuenta de aspectos relevantes en cuanto al tratamiento que se les da a los rebeldes en estos procesos. Igualmente, y para esos mismos efectos, se realizaron entrevistas a algunos reclusos en las cárceles de Medellín⁴. Aunque el contenido de las entrevistas y de los expedientes consultados en concreto sirven apenas como referencia del trabajo y no serán citados explícitamente, permanecen dando soporte a algunas hipótesis sobre las prácticas judiciales mencionadas, que seguramente podrán ser desarrolladas en el futuro.

Más allá de las “lógicas” o prácticas que se han ido consolidando en la gestión operativa del delito de rebelión, este texto se interesa entonces por las transformaciones más generales que en los últimos quince años ha tenido el tratamiento penal en Colombia para quienes se consideran delincuentes políticos. Por eso, inicialmente se hará una breve aproximación al concepto de delito político, luego se realizará una revisión normativa y jurisprudencial que comprende, de una parte, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia producida con posterioridad a la Sentencia C-456 de 1997 que puso fin a la relación de conexidad del delito político y, de otra parte, la legislación que se ha expedido antes y después del Acto Legislativo 01 de 2012.

⁴ Se revisaron sentencias de primera instancia de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Antioquia y de segunda instancia de la sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia. Se realizaron entrevistas a 10 reclusos de los establecimientos penitenciarios de Medellín “Bellavista” y “El Pedregal”, condenados por rebelión en concurso con otros delitos.

1. Una institución tradicional... pero contextual.

Desde el Derecho Romano existe la figura del delito político. Sin embargo, como delito privilegiado es producto de la modernidad política europea. De hecho, el delito político surge a favor del derecho a la rebelión y a la resistencia en el marco de la Revolución Francesa de 1789, y toma mayor fuerza en el de la revolución socialista⁵. Algunos analistas hablan de ese surgimiento como asociado a una figura casi romántica: “el delincuente político era el luchador contra la opresión absolutista, contra la tiranía, y por lo tanto, era merecedor del elogio de sus conciudadanos, que necesariamente lo tenían que ver como un héroe. Solamente los poderosos de turno podían considerarlo ‘delincuente’”⁶.

Desde la perspectiva jurídica penal liberal, el delito político fue concebido como un delito privilegiado a través de su ligazón con figuras como el asilo político, la no extradición y la prohibición de la pena de muerte. Este tratamiento privilegiado se generalizó en la Europa del siglo XIX y principios del siglo XX, alcanzando su punto culminante en cuanto a benignidad y rigor técnico en el Proyecto de Código Penal Italiano de 1921, gracias a la distinción elaborada por el penalista Enrico Ferri entre la delincuencia atávica y la delincuencia evolutiva.

De acuerdo con Ferri la delincuencia atávica era la común, constituida por comportamientos que atacaban la libertad y los derechos del hombre y en los que se ponían de manifiesto los instintos primarios, egoístas y antisociales del hombre que aún no había logrado liberarse de su originario estado de naturaleza. La delincuencia evolutiva, en cambio, con la cual se asociaba el delito político, correspondía a aquella movida por sentimientos de altruismo y solidaridad, que impulsaba el triunfo de la libertad y de los derechos del hombre, luchando contra las estructuras sociales y políticas que impedían y dificultaban su pleno reconocimiento y realización⁷.

En términos de tendencias más o menos universales como aquella de la discriminación privilegiada del delito político, la segunda postguerra es sin embargo el escenario de lo que algunos analistas denominan como la muerte del delito político:

La globalización de la memoria del Holocausto, favoreció la hegemonía de un nuevo ethos apuntalado sobre el primado normativo de la memoria y del castigo sobre el olvido y el perdón. Este doble tránsito en la cultura jurídico-política en desmedro de los fines, del perdón y del olvido, y en beneficio, en cambio, de una ética de medios, de la memoria y del castigo, marcó el punto de inflexión definitivo hacia la muerte del delito político en los países desarrollados⁸.

Entre el extremo que privilegia un comportamiento visto como heroico y altruista, y el extremo de la priorización de la memoria y el castigo, la figura jurídica y política del delito político se ha movido con mayor o menor fluidez en cada sociedad y en función de

⁵ OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, Rebeldes y Terroristas: Guerra y Derecho en Colombia*. Segunda Edición. Bogotá, Temis, 2006, pp. xxix-xxx.

⁶ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La revisión del delito político: islamismo y otros problemas*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid, Edisofer, 2006, vol. 2, p. 689.

⁷ JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. “*El asesinato de Matteotti y el delito político*”. En: JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Crónica del Crimen*. Texas, Ediciones Pannedille, 1970. P. 283-292.

⁸ OROZCO ABAD, Iván. *Op., cit.*, p. xxx-xxxi

realidades políticas concretas. Así, podría ser más preciso describir el surgimiento, la muerte y el resurgimiento constantes del delito político, como simplemente relacionados con a) el reconocimiento de la dignidad del enemigo político (en los modelos o momentos político-militares que obedecen a una dialéctica horizontal), o b) el desconocimiento de algún tipo de dignidad al enemigo político (en los modelos o momentos policivo-punitivos edificados en una dialéctica vertical). En el primero de los casos existe una preferencia por las soluciones negociadas y el reconocimiento del enemigo como beligerante o por lo menos como combatiente; en tanto en el segundo caso las salidas negociadas no son una opción⁹.

Colombia no ha sido ajena a los *ires y venires* del tratamiento privilegiado del delito político. En el período que nos ocupa (de 1997 en adelante) podemos ubicar tres momentos: Durante el gobierno de Andrés Pastrana, por lo menos mientras duraron las conversaciones de paz con las FARC-EP en El Caguán¹⁰, prevaleció el tratamiento privilegiado a la insurgencia armada, reconociéndose su status político. Así, en 1999 las partes firmaron “*La Agenda Común por el Cambio hacia una Nueva Colombia*”, que tenía el propósito de buscar la paz por medio de “transformaciones políticas, económicas y sociales que permitieran consensos para la construcción de un nuevo Estado fundamentado en la justicia social”.¹¹

El fracaso de las conversaciones paz del gobierno de Pastrana con la FARC-EP aunado, entre otras cosas,¹² a los efectos que internacionalmente tuvieron los hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2001 en Estado Unidos, posibilitaron que la propuesta de “*seguridad democrática*” del entonces candidato a la presidencia Álvaro Uribe Vélez lograra aceptación no solo dentro de las esferas de poder, sino en diversos sectores de la sociedad que optaron por una respuesta y un lenguaje específicos: frente a la “*amenaza terrorista*”, “*mano dura*”.

Entre el 2002 y el 2010 entonces, el tratamiento al delincuente político estuvo determinado por un modelo policivo-punitivo. Desde el ejecutivo, se dispuso la creación de “un *estatuto antiterrorista* que facilite la detención, la captura, el allanamiento”,¹³ con un argumento que puede sintetizarse en esta expresión del propio gobierno: “hoy violencia política y terrorismo son idénticos. Cualquier acto de violencia por razones políticas o ideológicas es terrorismo.”¹⁴ La implementación de esta propuesta se materializó en el –posteriormente frustrado- Acto Legislativo 02 de 2003¹⁵.

⁹ OROZCO ABAD, Iván. *Op., cit.*, pp. xxv, xxviii-xxix.

¹⁰ El proceso se llevó a cabo entre el 7 de enero de 1999 y el 25 de febrero de 2002.

¹¹ El Acuerdo contemplaba 12 puntos: 1) Solución política al conflicto. 2) Derechos humanos. 3) Política agraria integral. 4) Explotación y conservación de recursos naturales. 5) Estructura económica y social. 6) Reformas a la justicia, la lucha contra la corrupción y el narcotráfico. 7) Reformas políticas para la ampliación de la democracia. 8) Reformas del Estado. 9) Acuerdos sobre DIH. 10) Fuerzas Militares. 11) Relaciones internacionales. 12) Formalización de acuerdos.

¹² Un análisis realmente detallado de los factores asociados al surgimiento y consolidación de la política de seguridad democrática, y su política criminal, puede verse en: Julián Muñoz. *Saber y poder en el discurso de la seguridad democrática, o el diseño de una política criminal: Colombia 2002-2006*. Trabajo final de investigación. Maestría en Ciencia Política. Medellín, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, 2012.

¹³ URIBE VÉLEZ, Álvaro. Manifiesto Democrático. En: <http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-85269.html>. Fecha de consulta: 23/08/07.

¹⁴ *Id.*

¹⁵ Por vicios en el trámite, esta reforma constitucional fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-816 del 30 de agosto de 2004.

Durante este período el tratamiento para los delincuentes políticos fue marcadamente discriminatorio tratándoseles como “terroristas”, excepto a aquellos que se desmovilizaron para quienes el ejecutivo ofreció diversos beneficios jurídicos y económicos. Los casos de Elda Neyis Mosquera García, alias ‘Karina’, Dannis Daniel Sierra Martínez, alias ‘Samir’, y Raúl Agudelo, alias ‘Olivo Saldaña’, son elocuentes: fueron nombrados por el gobierno nacional desde 2009 como “gestores de paz” y se les suspendió inicialmente reclusión intramural¹⁶. Alias ‘Olivo Saldaña’¹⁷, perdió los beneficios al conocerse de la falsa desmovilización del llamado Frente Cacica Gaitana de las FARC que éste había liderado con el apoyo de miembros del alto gobierno y militares. ‘Karina’ y ‘Samir’, por su parte, permanecen protegidos en instalaciones militares y con permiso para adelantar actividades como charlas, foros, visitas a cárceles, entre otras.¹⁸ No obstante, existen ya condenas en su contra y están vinculados a procesos penales que se tramitan por el procedimiento de la Ley 975 de 2005, por los delitos que cometieron siendo comandantes de diversas estructuras de las FARC.

Con un discurso formalmente distinto al del gobierno precedente (en el cual, no obstante, se desempeñó como Ministro de Defensa) el actual presidente Juan Manuel Santos abrió la posibilidad de un tratamiento –otra vez- distinto a los delincuentes políticos. Los primeros contactos secretos con la insurgencia armada estuvieron acompañados por la presentación y trámite de un marco jurídico para la paz contenido a la postre en el Acto Legislativo 01 de 2012, del 31 de julio.¹⁹

En el Acto Legislativo se señala como finalidad “la terminación del conflicto armado interno y el logro de la paz estable y duradera”, y se dispone garantizar “en el mayor nivel posible, los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación”, así como la garantía de no repetición. De igual modo se difiere a una ley estatutaria la definición de “los delitos considerados conexos al delito político”. Es evidente que los desarrollos legislativos dependerán de lo que se logre avanzar en las conversaciones que se vienen adelantando en La Habana.

2. El delito político en la Constitución y la ley colombianas.

El delito político como delito privilegiado ha tenido consagración desde la Constitución de Rionegro de 1821 y su incorporación legal pervive formalmente hasta nuestros días. Así, en

¹⁶ GUERRA, Asdrúbal. *Los ex guerrilleros 'Karina' y 'Olivo Saldaña', serán dejados en libertad*. Caracol Radio, marzo 6 de 2009. En: <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/los-ex-guerrilleros-karina-y-olivo-saldana-seran-dejados-en-libertad/20090306/nota/773460.aspx>. Fecha de consulta: 03/05/13.

¹⁷ ANGARITA M., Paulina. *¿Qué están haciendo los 'Gestores de paz' desde la creación de la figura en marzo pasado?* El Tiempo, 24 de agosto de 2009. En: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5931552>. Fecha de consulta: 03/05/13.

¹⁸ GARCÍA HERNÁNDEZ, Andrés Fernando. *Sin armas, hoy trabajan por la paz*. El Mundo, septiembre 16 de 2012. En: http://www.elmundo.com/portal/noticias/seguridad/sin_armas_hoy_trabajan_por_la_paz.php. Fecha de consulta: 03/05/13.

¹⁹ En el trámite de esta norma se presentaron tropiezos y críticas como el intento de suspender las discusiones en la Cámara de Representantes, cuando se produjo el atentado en contra del ex ministro Fernando Londoño. Según algunos representantes, no estaban dadas las condiciones para discutir el tema. El representante del Partido de La U, Miguel Gómez Martínez, dijo además que “no podemos tender la mano cuando del otro lado nos contestan con bombas y muertos; yo creo que el Congreso tiene que ser consecuente y yo creo que este ni es el ambiente y es algo para reflexionar si este país necesita ese marco”. El Espectador, mayo 15 de 2012. En: <http://www.elspectador.com/noticias/politica/articulo-346372-polemica-tramite-de-marco-paz-medio-de-terrorismo-bogota>. Fecha de consulta: 24/02/13.

la Constitución Política de 1991 se proscribió la extradición por delitos políticos²⁰; se permite al legislativo la concesión de amnistías e indultos generales por delitos políticos²¹; se faculta al gobierno para otorgar indultos por delitos políticos²²; se exime de la prohibición de ser congresistas²³, diputados departamentales²⁴; magistrados de la Corte Constitucional, la Corte Suprema y el Consejo de Estado²⁵ a quienes hayan sido condenados por delitos políticos.

En relación con los enunciados del texto constitucional de 1991, se han producido dos eventos importantes. Uno que revela la tendencia hacia la restricción del carácter privilegiado del delito político y otro que se encamina en la dirección contraria.

En el primer caso, y en el contexto ya mencionado de la política de defensa y seguridad democrática que unificó –estratégicamente– a las organizaciones insurgentes y contrainsurgentes bajo la denominación de “grupos armados al margen de la ley”, el Acto Legislativo 01 de 2009 introdujo en su artículo 4, una reforma al artículo 122 de la Constitución. El texto definitivo es el siguiente:

Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la comisión de delitos que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos armados ilegales, delitos de lesa humanidad o por narcotráfico en Colombia o en el exterior.

En el segundo caso, y en el marco de las conversaciones de paz iniciadas por el gobierno de Juan Manuel Santos con las FARC-EP, se expidió el Acto Legislativo 01 de 2012. Esta reforma se ocupa de un marco jurídico básico de justicia transicional con dos finalidades: una, la terminación del conflicto armado interno y, dos, la garantía de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación.

Para el logro de estas finalidades, el Acto Legislativo establece que una ley estatutaria podrá autorizar el “tratamiento diferenciado para los distintos grupos armados al margen de la ley que hayan sido parte en el conflicto armado interno y también para los agentes del Estado, en relación con su participación en el mismo”. Se dispone allí mismo que una Comisión de la Verdad podrá hacer recomendaciones para la aplicación de los criterios de selección que se establecen en el acto legislativo; y que el Fiscal General de la Nación determinará criterios de priorización para el ejercicio de la acción penal. Y, finalmente, que la ley estatutaria determinará en últimas los criterios de selección centrados en la investigación penal de los “máximos responsables” de los delitos que tengan la connotación de “crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”; y que esa misma ley establecerá los casos en que procedería la suspensión de

²⁰CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Artículo 35.

²¹*Id.* Artículo 150, numeral 17.

²²*Id.* Artículo 201.

²³*Id.* Artículo 179.

²⁴*Id.* Artículo 299.

²⁵*Id.* Artículo 232.

la ejecución de la pena, la aplicación de sanciones extrajudiciales, de penas alternativas o de modalidades especiales de ejecución y cumplimiento de la pena, así como la renuncia a la persecución judicial penal de “todos” los casos no seleccionados.

De manera mucho más directa, en relación con los avatares del delito político en Colombia durante los últimos quince años, el Acto legislativo dispone explícitamente que la ley estatutaria definirá cuáles son los delitos considerados conexos con delito político para efectos del ejercicio de derechos políticos por parte de sus autores, excluyendo “crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática”.²⁶

De otra parte, en lo que tiene que ver con la legislación ordinaria expedida durante las últimas décadas,²⁷ las modificaciones del delito político han tenido que ver “solo” con el incremento de penas. En el caso del tipo penal que aquí interesa, el Código Penal de 1980²⁸ contemplaba una pena de 3 a 6 años para el delito de Rebelión. A partir de 1989, en virtud de normas de excepción que luego se convirtieron en legislación permanente,²⁹ se elevó el rango punitivo de 5 a 9 años. Más tarde, el Código Penal de 2000³⁰ estableció para la rebelión una pena de 6 a 9 años. Y, finalmente, con los incrementos dispuestos por la Ley 890 de 2004, la pena actual es de 8 a 13,5 años (96 a 162 meses).³¹

En poco más de dos décadas (1980-2004), en síntesis, la pena del delito de rebelión se incrementó en más del doble (2,66 veces en el mínimo y 2,25 en el máximo). Sin embargo, aunque las penas para los delitos políticos se han elevado considerablemente, su incremento no ha sido de las proporciones que han sufrido otras conductas punibles, especialmente a partir de los incrementos punitivos dispuestos por la Ley 890 de 2004 que prepararía la entrada en vigencia del actual Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004) y el “nuevo sistema acusatorio”. Por su parte, la descripción típica de la conducta de rebelión, por lo menos en la literalidad del texto legal, no ha sufrido variaciones en el período.

3. El delito político en la jurisprudencia.

3.1 Corte Constitucional.

La Corte Constitucional había mantenido una línea jurisprudencial en torno al tratamiento privilegiado para los delitos políticos en razón a los ideales que los motivaban y los fines altruistas perseguidos por sus autores. El alto tribunal venía sosteniendo que:

El delito político es aquel que, inspirado en un ideal de justicia, lleva a sus autores y copartícipes a actitudes proscritas del orden constitucional y legal, como medio para realizar el fin que se persigue. Si bien es cierto el fin no justifica los medios,

²⁶ El acto legislativo establece también las condiciones para aplicar los instrumentos de justicia transicional así: “la dejación de las armas, el reconocimiento de responsabilidad, la contribución al esclarecimiento de la verdad y a la reparación integral de las víctimas, la liberación de los secuestrados, y la desvinculación de los menores de edad reclutados ilícitamente que se encuentren en poder de los grupos armados al margen de la ley”.

²⁷ Actualmente el Título XVIII de la ley 599 de 2000, consagra los delitos contra el régimen constitucional y legal: rebelión (art. 467), sedición (art. 468), asonada (art. 469), conspiración (art. 471) y seducción, usurpación y retención ilegal de mando (art. 472).

²⁸ Decreto 100 de 1980

²⁹ Decretos 1857 de 1989 y 2266 de 1991.

³⁰ Ley 599 de 2000)

³¹ De igual modo la sedición que en el Código Penal de 1980 tenía una pena de 6 meses a 4 años; en 1989 de 2 a 8 años, lo mismo que en 2000. Y a partir de 2004, de 2 años y 8 meses a 12 años. Similares fueron los incrementos de las penas para los demás “delitos contra el régimen constitucional y legal”.

*no puede darse el mismo trato a quienes actúan movidos por el bien común, así escojan unos mecanismos errados o desproporcionados, y a quienes promueven el desorden con fines intrínsecamente perversos y egoístas. Debe hacerse una distinción legal con fundamento en el acto de justicia, que otorga a cada cual lo que merece, según su acto y su intención.*³²

De igual modo frente a la diferenciación entre los delitos políticos y los delitos comunes se mantuvo una posición de tratamiento privilegiado a los primeros que no se podía hacer extensivo a los segundos:

*La Constitución distingue los delitos políticos de los delitos comunes para efectos de acordar a los primeros un tratamiento más benévolo con lo cual mantiene una tradición democrática de estirpe humanitaria, pero en ningún caso autoriza al legislador, ya sea ordinario o de emergencia para establecer por vía general un tratamiento más benigno para cierto tipo de delitos comunes, con exclusión de otros. El Estado no puede caer en el funesto error de confundir la delincuencia común con la política. (...) La acción delictiva de la criminalidad común no se dirige contra el Estado como tal, ni contra el sistema político vigente, buscando sustituirlo por otro distinto, ni persigue finalidades altruistas, sino que se dirige contra los asociados, que se constituyen así en víctimas indiscriminadas de esa delincuencia.*³³

Sin embargo, en la sentencia C-456 de 1997, la Corte dio un viraje en la jurisprudencia constitucional sobre delito político. Al resolver sobre la constitucionalidad del artículo 127 del Decreto 100 de 1980 (Código Penal), acabó con la relación de conexidad entre el delito político y otros hechos punibles cometidos en combate. La Corte consideró que la conexidad constituía una amnistía general, anticipada e intemporal, que desbordaba los límites de la Constitución:

*No puede sostenerse que exista en la Constitución una autorización ilimitada al legislador para dar un tratamiento privilegiado a los llamados delincuentes políticos. Por el contrario: el trato favorable a quienes incurren en delitos políticos está señalado taxativamente en la propia Constitución. Por lo mismo, el legislador quebranta ésta cuando pretende legislar por fuera de estos límites, ir más allá de ellos. Cabe anotar que ni la Constitución ni la ley definen o enumeran los delitos políticos. Suelen considerarse delitos políticos en sí, en nuestra legislación, los de rebelión y sedición. En conexión con éstos pueden cometerse otros, que aisladamente serían delitos comunes, pero que por su relación adquieren la condición de delitos conexos, y reciben, o pueden recibir, el trato favorable reservado a los delitos políticos. En conclusión: el trato favorable a los delitos políticos, en la Constitución, es excepcional y está limitado por las propias normas de ésta que se refieren a ellos. Normas que son por su naturaleza excepcional, de interpretación restrictiva.*³⁴

³²CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-009 de 1995. Véase también la sentencia C-069 de 1994

³³CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-171 de 1993.

³⁴ Id. Sentencia C-456 de 1997

El delito político se reducía así prácticamente a un delito de opinión, pues sin otros elementos intrínsecos al comportamiento de quien “se alza en armas contra el régimen” las acciones propias de los alzados quedaron por fuera de las conductas consideradas como delitos políticos. Es exactamente lo que enfatizaron en su momento los magistrados que salvaron su voto en la mencionada sentencia:

La conexidad es el símbolo inequívoco de la complejidad fáctica del delito político, así como del hecho de que éste es reconocido y diferenciado favorablemente de otras conductas delictivas en materia punitiva (...) la penalización, como delitos autónomos, de los homicidios, las lesiones o los daños en cosa ajena, que inevitablemente se producen durante los enfrentamientos armados, hace que sea, en la práctica, imposible el privilegio punitivo del rebelde. (...)

La definición de delincuente político en Colombia se ha estructurado, en torno a la noción del combatiente armado, por lo cual las definiciones del derecho internacional humanitario han jugado un importante papel. El rebelde es entonces en nuestro país un combatiente que hace parte de un grupo que se ha alzado en armas por razones políticas, de tal manera que, así como el derecho internacional confiere inmunidad a los actos de guerra de los soldados en las confrontaciones interestatales, a nivel interno, los hechos punibles cometidos en combate por los rebeldes no son sancionados como tales sino que se subsumen en el delito de rebelión. Y es obvio que así sea, pues es la única forma de conferir un tratamiento punitivo benévolo a los alzados en armas.³⁵

Como consecuencia de la desaparición de la conexidad de los hechos punibles cometidos en combate, las posibilidades de amnistías e indultos para los delitos políticos y conexos también se redujeron sustancialmente, pese a que la propia Corte Constitucional ha recurrido criterios de razonabilidad para dar cabida a estas figuras. Así lo ha manifestado:

El Congreso puede extender la amnistía y el indulto a delitos conexos con los delitos políticos o subsumibles en éstos pero siempre que respete criterios de razonabilidad e igualdad. Cuando el constituyente determina el ámbito de aplicación de la amnistía y del indulto, lo circunscribe a los delitos políticos por oposición a los delitos comunes. No obstante, guarda silencio en relación con los delitos conexos. De este modo, si se tiene en cuenta que al legislador le asiste una amplia capacidad de configuración normativa siempre que se ejerza dentro de los límites constitucionales, es claro que de esa capacidad hace parte la posibilidad de extender tales beneficios a los delitos conexos con los delitos políticos. No obstante, se trata de una facultad que, como cualquier otra, también está sometida a límites superiores, fundamentalmente los criterios de razonabilidad e igualdad. De acuerdo con estos criterios, el legislador no puede extender arbitrariamente esos beneficios a conductas ajenas a su naturaleza, ni tampoco realizar inclusiones o exclusiones que comporten un tratamiento diferenciado injustificado.³⁶

³⁵DÍAZ GAVIRIA, Carlos y MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. Salvamento de voto Sentencia C-456 de 1997 Corte Constitucional.

³⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-695 de 2002.

Por supuesto que el criterio de que ciertos beneficios como el indulto solo se pueden otorgar para delitos políticos se ha mantenido. Así lo reiteró la Corte Constitucional al pronunciarse sobre la exequibilidad del inciso 2° del art. 50 de la Ley 418 de 1997, modificado por el art. 19 de la Ley 782 de 2002. Señaló la Corte que “el Gobierno Nacional sólo puede conceder el indulto por delitos políticos, o sea, por rebelión, sedición y asonada.”³⁷

En el marco de la revisión de constitucionalidad de la Ley 975 de 2005, la Corte pudo haber reafirmado ese carácter del indulto y de la amnistía. Como se sabe, aquella ley pretendió extender la sedición a los miembros de grupos paramilitares buscando que fueran tratados como delincuentes políticos. La Corte³⁸ declaró la inconstitucionalidad de un inciso según el cual también incurriría “en el delito de sedición quienes conformen o hagan parte de grupos guerrilleros o de autodefensa cuyo accionar interfiera con el normal funcionamiento del orden constitucional y legal”.³⁹ Sin embargo, el alto tribunal decidió sobre la inexecutableidad apenas por vicios de procedimiento en la formación de la ley y omitió por lo tanto algún análisis sobre el fondo del asunto.

Más adelante, la Ley 1312 de 2009 pretendió un indulto para los miembros de los grupos paramilitares mediante la utilización de la figura del principio de oportunidad. La Corte Constitucional esta vez sí se pronunció de fondo, señalando lo siguiente:

*(...) la causal 17 del artículo 324 del C. de P.P., tal como fue establecida por la Ley 1312 de 2009, es inconstitucional por violación del principio de legalidad, debido a que no establece de forma taxativa e inequívoca todos y cada uno de los elementos constitutivos de la causal, ni contempla criterios objetivos que orienten el margen de discrecionalidad que se reconoce al fiscal en esta materia. La incertidumbre que genera el diseño de la causal impide que el juez de control de garantías pueda ejercer un efectivo control sobre la decisión del fiscal de dar aplicación al principio de oportunidad en situaciones concretas*⁴⁰.

El control de constitucionalidad al Acto Legislativo 01 de 2012 que viene adelantando la Corte Constitucional, permitirá conocer cuál es su posición actual frente al delito político y hasta dónde posibilitará el alto tribunal que se dé un verdadero tratamiento privilegiado a los insurgentes en el marco de unas negociaciones como las que se vienen adelantado poner fin al conflicto interno colombiano y, sobre todo, en presencia de un contexto internacional novedoso y más estricto en relación con el reconocimiento del tratamiento privilegiado al delincuente político

Así, puede reseñarse el hecho de que el 7 de febrero de 2013 fue admitida por la Corte Constitucional demanda de inconstitucionalidad presentada por la Comisión Colombiana de Juristas contra las expresiones “máximos”, “cometidos de manera sistemática” y “todos los” contenidas en el siguiente inciso del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2012.⁴¹

³⁷Id. Sentencia C-928 de 2005. M.P. Jaime Araujo Rentería.

³⁸Id. Sentencia C-370 de 2006. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y otros.

³⁹ Artículo 71, modificatorio del artículo 468 del Código Penal

⁴⁰CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-936 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴¹ Demanda de inconstitucionalidad presentada por Gustavo Gallón Giraldo, Fátima Esparza Calderón, Mary de la Libertad Díaz Márquez y Juan Camilo Rivera Rugeles (Comisión Colombiana de Juristas. En: http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_marco_juridico_para_la_paz_2012-12.pdf. Fecha de consulta: 28/02/13.

(...) Sin perjuicio del deber general del Estado de investigar y sancionar las graves violaciones a los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, en el marco de la justicia transicional, el Congreso de la República, por iniciativa del Gobierno Nacional, podrá mediante ley estatutaria determinar criterios de selección que permitan centrar los esfuerzos en la investigación penal de los máximos responsables de todos los delitos que adquieran la connotación de crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra cometidos de manera sistemática (...)

El demandante considera que el texto es contrario a la Constitución porque la norma superior establece el deber del Estado de “garantizar los derechos humanos, y por consiguiente, investigar y juzgar adecuadamente todas las graves violaciones de derechos humanos y las infracciones graves al derecho internacional humanitario cometidas en su jurisdicción”, con fundamento normativo en el Preámbulo y los artículos 1, 2, 12, 29, 93, 228 y 229, así como en varios tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad⁴². El Procurador General de la Nación, por su parte, solicitó a la Corte declarar inexecutable las expresiones impugnadas, al considerar que no es constitucional que mediante una ley estatutaria se renuncie a investigar todos los casos en los cuales se entienda que los crímenes de lesa humanidad, genocidio, o crímenes de guerra no fueron cometidos por sus máximos responsables o de manera sistemática. Con ello se vulnera el bloque de constitucionalidad, se violan compromisos internacionales adquiridos por Colombia respecto de la investigación y sanción de los delitos que son considerados como crímenes internacionales, alega el Procurador.

Lo único que puede decirse por ahora, es que no deja de ser curioso que la misma finalidad –de inexecutable del marco normativo para la paz- reúna sectores tan distantes en el espectro ideológico colombiano. Tal es el poder de la penalidad en una sociedad.

3.2 Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Después de que desapareciera la conexidad típica del delito político en relación con la rebelión y los homicidios y lesiones ocurridos en combate, la Corte Suprema ha llegado inclusive a sancionar las muertes y lesiones en combate causadas a miembros del Ejército aplicando el agravante del artículo 104 numeral 10 del Código Penal, esto es, por tratarse de sujetos pasivos calificados: “servidores públicos”.⁴³

Sin embargo, la Corte Suprema ha analizado también la posibilidad de que los homicidios en combate puedan cometerse con fines terroristas. En este caso, más cuidadosamente, ha señalado:

(...) si se considera que dentro de las prohibiciones del artículo 3° común a los Convenios de Ginebra, y el protocolo II, se encuentra, entre otras, la de “realizar actos de terrorismo”; y que a su turno, la definición de terrorismo, en términos del artículo 343 de la Ley 599 de 2000, sustancialmente idénticos a los contenidos en el

⁴²Los artículos 1.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 2.1 y 2.3 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículos 17 y 53 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, artículo 14 de la Declaración sobre la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas y artículos 2, 4, 6 y 12 de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes.

⁴³CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia de enero 26 de 2006, radicado N° 23893.

artículo 1º del Decreto 180 de 1988 –vigente para cuando ocurrieron los hechos-, remite a actos de provocación, mantener en estado de zozobra “a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física, o la libertad de las personas o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos ...”, es evidente, que en estricto sentido los conceptos de combate y terrorismo necesariamente se excluyen⁴⁴.

La conexidad entre la rebelión y otros delitos solo permanece en relación con los delitos de fabricación, tráfico y porte de armas de fuego o municiones (art. 365 C.P.); fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos (art. 366 C.P.); y utilización ilegal de uniformes e insignias (art. 346 C.P.). La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de agosto de 2009 se pronunció señalando que:

El delito de utilización de arma de fuego en un delito violento, concretamente de rifles de asalto M-16, que se imputa en la acusación 03-142 (JR), encuentra en abstracto equivalencia típica en la legislación colombiana en el artículo 366 del Código Penal (Ley 599 de 2000), modificado por el 55 de la Ley 1142 de 2007, que define la fabricación, tráfico y porte de armas y municiones de uso privativo de las fuerzas armadas (...)

Sin embargo, dentro del contexto de los hechos juzgados, esta conducta, en el ordenamiento penal colombiano, se subsume en el delito de rebelión, tipificado en el artículo 467 del Código Penal (Ley 599 de 2000), que como se sabe es de índole política, pues no puede desconocerse que el Ejército de Liberación Nacional es una organización rebelde, de la cual, según los términos de la reclamación del Gobierno de los Estados Unidos de América, hace parte Gustavo Aníbal Giraldo Quinchía, que se ha planteado como objetivo derrocar al gobierno nacional y el orden constitucional y legal vigente, a través de las armas, elementos que conforman su estructura típica.⁴⁵

En el mismo sentido la misma Corte ha dicho que esta subsunción solo se da frente al delito político y no cuando se trata de delitos como el concierto para delinquir:

Y en tanto la naturaleza jurídica del concierto para delinquir agravado permite que se pueda producir el fenómeno del concurso de delitos con el porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas (Código Penal, artículo 366), de modo que en este supuesto no hay lugar a hablar de conexidad delictual, como sí ocurre en los delitos políticos porque, por ejemplo, por definición se tiene que la rebelión implica y consiste en un alzamiento en armas que pretende derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente.⁴⁶

En torno a la existencia del concurso de las conductas punibles de rebelión y concierto para delinquir agravado, la Corte Suprema de Justicia tenía una posición según la cual éste procedía solo si los miembros de una organización rebelde se concertaban para cometer

⁴⁴*Id.* Sentencia de febrero 15 de 2006, radicado N° 21330.

⁴⁵*Id.* Sentencia de agosto 26 de 2009, radicado N° 31106.

⁴⁶*Id.* Sentencia del 1 de abril de 2009, radicado N° 31521.

delitos motivados por la búsqueda de beneficios particulares ajenos a su militancia política, así lo venía sosteniendo el alto tribunal:

*Si los diversos comportamientos son escindibles, de manera que algunos de ellos son realizados por varias personas concertadas para cometer delitos en beneficio puramente individual, egoísta, sin ningún nexo con la militancia política, y otros, ejecutados por esas mismas personas, se materializan en tanto miembros de la organización subversiva, el concurso entre el concierto para delinquir y la rebelión surge con nitidez.*⁴⁷

En ese mismo sentido al referirse a conductas en que incurrían las milicias adscritas a la insurgencia y que no se ajustaban a los fines políticos de dichas organizaciones, la Corte consideró que se presentaba el concurso de estas conductas:

*Como lo ha resaltado la jurisprudencia, es factible que se presente esa generalidad concursal. Rebelión, puesto que las 'milicias' adscritas a los grupos subversivos arraigados en el país pretenden, mediante el empleo de las armas, derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente. Concierto para delinquir destinado a desplazamiento forzado, homicidio y otros, puesto que el actuar ilícito de los milicianos no sólo se dirige contra los miembros de la fuerza pública por la confrontación ideológico política, sino que también victimizan al vecindario y la ciudadanía para satisfacer pasiones personales y egoístas, en actos que en nada asemejan un combate, ni tienen que ver con el proselitismo armado. Y los delitos que resultaren, como pluralidad de homicidios, desplazamiento forzado de personas, etc., toda vez que en muchos casos la vulneración de los bienes jurídicos protegidos se producen completamente aparte de la ideología o de la causa política.*⁴⁸

En los pronunciamientos más recientes de la Corte Suprema de Justicia, la existencia o no del fin político ya no tiene trascendencia pues prácticamente se ha asimilado la rebelión con el concierto para delinquir agravado:

(...) el delito de rebelión concursa materialmente con el punible de concierto para delinquir con el propósito de cometer actos de terrorismo, dado que al tener éste último el carácter de crimen de lesa humanidad, no se encuentra subsumido dentro del tipo objetivo y subjetivo del delito político, como para que fuera viable aplicar el principio de especialidad a favor de tal comportamiento contra el régimen constitucional y legal.

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, al igual que la de la Corte Constitucional, ha mantenido una línea que cada vez más restringe el delito político, pues las acciones que conlleva el alzamiento en armas, de acuerdo con sus pronunciamientos, no se pueden subsumir dentro del delito político.

Adicionalmente, el terrorismo y los tipos penales relacionados con éste son las conductas por las que con mayor frecuencia se juzga a los miembros de las organizaciones insurgentes, pues aunque la rebelión sea un tipo penal diferente, en la práctica se ha

⁴⁷*Id.* Sentencia del 26 de noviembre de 2003, radicado N° 21639.

⁴⁸*Id.* Auto del 19 de mayo de 2004, radicado N° 22415.

asimilado al terrorismo. Acciones que hacen parte del desarrollo de la confrontación armada, son interpretadas como actos de terrorismo o con fines terroristas y por tanto los insurgentes son juzgados por estas conductas en concurso con la rebelión. A lo que se suma que el tratamiento punitivo para estos delitos es cada vez es más drástico. El terrorismo⁴⁹ ha impregnado todo el ordenamiento penal y procesal penal, generando el endurecimiento de las penas y la restricción de beneficios. La Ley 1121 de 2006 “Por la cual se dictan normas para la prevención, detección, investigación y sanción de la financiación del terrorismo y otras disposiciones” ha cumplido un papel muy importante en este sentido⁵⁰.

Finalmente, vale la pena recordar el carácter dubitativo con el cual la Corte Suprema de Justicia abordó en su momento la cuestión del paramilitarismo y su intención de ser caracterizado como un fenómeno sedicioso, es decir, de delincuencia política. El tratamiento de delincuentes políticos dispuesto para los paramilitares por la llamada Ley de Justicia y Paz, a través de la modificación del delito de sedición, no generó inicialmente ningún reparo por parte de la Corte Suprema de Justicia. El alto tribunal señaló que:

Del parangón entre los tipos penales de sedición y concierto para delinquir, se obtienen argumentos de apoyo a la decisión que la Sala adopta en esta providencia, dado que la normativa aprobada por el congreso y que se examina en esta providencia es congruente con los principios que estructuran la dogmática de la sedición.

Para la consumación de la sedición en los términos previstos en el artículo 468 del C.P., adicionado por el artículo 71 de la Ley 975 de 2005, se requiere conformar o hacer parte de grupos guerrilleros o de autodefensa y mediante el empleo de las armas interferir o impedir el libre funcionamiento del orden constitucional en sus aspectos no fundamentales o en el ordenamiento legal vigente, en otras palabras, no pretender el cambio violento del régimen constitucional o legal, ni desconocer al Estado y sus poderes⁵¹.

⁴⁹ “El que provoque o mantenga en estado de zozobra o terror a la población o a un sector de ella, mediante actos que pongan en peligro la vida, la integridad física o la libertad de las personas o las edificaciones o medios de comunicación, transporte, procesamiento o conducción de fluidos o fuerzas motrices, valiéndose de medios capaces de causar estragos” (art. 343 C.P.)

⁵⁰ Modificó el artículo 345 del Código Penal que consagraba la administración de recursos relacionados con actividades terroristas adicionándole la financiación del terrorismo e incrementando las penas que pasaron de entre 8 y 18 años a entre 13 y 22 años. Modificó el artículo 323 del Código Penal incorporando dentro del lavado de activos la financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. Modificó el artículo 441 del Código Penal incorporando dentro de la omisión de denuncia la de la comisión de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas e incrementando la pena máxima de 7,5 años a 8 años. Modificó el artículo 340 del Código Penal incorporando dentro del concierto para delinquir, el delito de financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. Modificó el artículo 324 de la Ley 906 de 2004 incorporando dentro de los delitos en que no procede el principio de oportunidad la financiación del terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas. Estableció en su artículo 26 la exclusión de beneficios y subrogados, así: “Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz”.

⁵¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Auto del 18 de octubre de 2005, radicado N° 24219.

Solo posteriormente, producida la declaración de inexecutable de dicha norma obviamente por la Corte Constitucional, entonces sí la Corte Suprema de Justicia se pronunció en sentido contrario a lo que ella misma sostuvo antes:

(...) no es posible, bajo ninguna circunstancia, considerar que el comportamiento desplegado por el procesado encaja en modalidad alguna de los denominados delitos políticos. Las acciones por las que ha sido acusado ante la justicia Caballero Montalvo, simplemente han de ser calificadas como delitos comunes.

Los delitos que se imputan al procesado, de acuerdo a lo que consta en la resolución acusatoria, son los de concierto para delinquir agravado y fabricación, tráfico y porte ilegal de armas de uso privativo de las fuerzas armadas, en la modalidad de conservación⁵².

Conclusión.

Pese a las modificaciones legales y las que por vía de interpretación han restringido el alcance del delito de rebelión, en alguna medida mantiene su condición de delito privilegiado: por lo menos formalmente en la Constitución y en las normas de derecho penal, y relativamente en la jurisprudencia de las Cortes Constitucional y Suprema de Justicia. Sin embargo, la tendencia a la reducción de ese carácter privilegiado del delito político puede haber incidido para que en la práctica los rebeldes sean juzgados cada vez más como delincuentes comunes y para que apenas residualmente se subsuman en la rebelión otras conductas, impidiendo así cualquier diferencia punitiva en el repudio que se dirige a los delincuentes políticos. De hecho, ellos vienen siendo condenados a penas más altas que los delincuentes comunes vinculados a grupos paramilitares, ahora reacomodados en las llamadas bandas criminales o ‘Bacrim’.

En el marco jurídico de las actuales negociaciones entre el gobierno y la insurgencia armada está planteado de manera general el tratamiento privilegiado que recibirían los miembros de la insurgencia si se llega a un acuerdo de paz. Algunos aspectos como la conexidad que se regularía mediante ley estatutaria definirán hasta donde llega el tratamiento privilegiado que se dé a los rebeldes. Aunque coyuntural, el tratamiento que allí se dé a la insurgencia, podría incidir nuevamente en la mentalidad de fiscales y jueces. Los mensajes que impactan la mente del aplicador de justicia, provienen en muy pocos casos del expediente. Las palabras de la ley, y sobre todo las de la jurisprudencia, funcionan más de lo que una a veces supone.

⁵²*Id.* Sentencia del 11 de julio de 2007, radicado N° 26945.

BIBLIOGRAFÍA.

Acto Legislativo 01 de 2009. Bogotá, julio 14 de 2009.

Acto Legislativo 01 de 2012. Bogotá, julio 31 de 2012.

ANGARITA M., Paulina. *¿Qué están haciendo los 'Gestores de paz' desde la creación de la figura en marzo pasado?* El Tiempo, 24 de agosto de 2009. En: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-5931552>. Fecha de consulta: 03/05/13.

COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. Demanda de inconstitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2012. En: http://www.coljuristas.org/documentos/actuaciones_judiciales/demanda_marco_juridico_para_la_paz_2012-12.pdf. Fecha de consulta: 28/02/13.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. 1991.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencias C-171 de 1993, C-069 de 1994, C-009 de 1995, C-456 de 1997, C-695 de 2002, C-928 de 2005, C-370 de 2006, C-073 de 2010 y C-936 de 2010.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACIÓN PENAL. Sentencia del 26 de noviembre de 2003, radicado N° 21639; auto del 19 de mayo de 2004, radicado N° 2241; auto del 18 de octubre de 2005, radicado N° 24219; sentencia del 11 de julio de 2007, radicado N° 26945; sentencia de enero 26 de 2006, radicado N° 23893; sentencia de febrero 15 de 2006, radicado N° 21330; sentencia de agosto 26 de 2009, radicado N° 31106, y sentencia del 1 de abril de 2009, radicado N° 31521.

DECRETO 100 DE 1980.

DECRETO 1857 DE 1989.

DECRETO 2266 DE 1991.

DECRETO 128 DE 2003.

EL ESPECTADOR. Polémica por trámite de marco para paz en medio de terrorismo en Bogotá, mayo 15 de 2012. En: <http://www.elespectador.com/noticias/politica/articulo-346372-polemica-tramite-de-marco-paz-medio-de-terrorismo-bogota>. Fecha de consulta: 24/02/13.

GARCÍA HERNÁNDEZ, Andrés Fernando. *Sin armas, hoy trabajan por la paz*. El Mundo, septiembre 16 de 2012. En: http://www.elmundo.com/portal/noticias/seguridad/sin_armas_hoy_trabajan_por_la_paz.php. Fecha de consulta: 03/05/13.

GUERRA, Asdrúbal. *Los ex guerrilleros 'Karina' y 'Olivo Saldaña', serán dejados en libertad*. Caracol Radio, marzo 6 de 2009. En: <http://www.caracol.com.co/noticias/judicial/los-ex-guerrilleros-karina-y-olivo-saldana-seran-dejados-en-libertad/20090306/nota/773460.aspx>. Fecha de consulta: 03/05/13

JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *El asesinato de Matteotti y el delito político*. En: JIMÉNEZ DE ASUA, Luis. *Crónica del Crimen*. Texas: Ediciones Pannedille, 1970. P. 283-292.

LEY 782 DE 2002.

LEY 599 DE 2000.

LEY 906 DE 2004.

LEY 975 DE 2005.

OROZCO ABAD, Iván. *Combatientes, Rebeldes y Terroristas: Guerra y Derecho en Colombia*. Segunda Edición. Bogotá: Editorial Temis, 2006. 334 p.

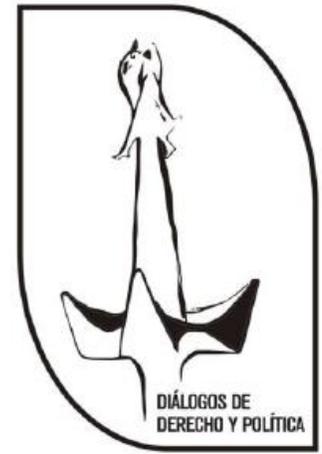
PÉREZ TORO, William Fredy. *Orden jurídico, negociación, paz y reinserción*. La constante imbricación entre guerra, política y derecho en Colombia. En: Estudios Políticos N° 27 (julio-diciembre de 2005) Medellín. p. 67-100.

------. *La difícil aproximación al delito político*. En: Estudios Políticos N° 31 (julio-diciembre de 2007) Medellín. p. 43-60.

PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Resolución 185 de 2002.

QUINTERO OLIVARES, Gonzalo. *La revisión del delito político: islamismo y otros problemas*. En: CANCIO MELIÁ, Manuel y GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos (coordinadores). *Derecho penal del enemigo. El discurso penal de la exclusión*. Madrid: Edisofer, 2006, vol. 2, p. 687-712.

URIBE VÉLEZ, Álvaro. Manifiesto Democrático Numeral 33. En: <http://www.mineducacion.gov.co/1621/article-85269.html>. Fecha de consulta: 23/08/07.



Hegel: elementos para el estado de bienestar.¹

Juan Carlos Rubiano

Estudiante de Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá.

¹ Artículo de revista, fruto del trabajo e interés personal del autor.

Resumen.

El devenir del estado de bienestar es uno de los interrogantes de la sociedad actual capitalista, sin embargo para entender dicho devenir del estado del bienestar, es necesario antes entender la esencia misma del estado de bienestar en un plano prescriptivo, en otras palabras ver desde el plano filosófico las premisas sobre las cuales se debe fundamentar dicho estado, para luego si descender al plano social político y económico. El estado de bienestar en sus distintas formas en las que ha tenido concreción ha venido de una tradición eminentemente liberal, es por ello que buscaremos desde la filosofía política de Hegel, la cual podemos denominar de un liberalismo que está más allá del liberalismo clásico político y económico.

Palabras Clave: Estado de Bienestar, Hegel, Libertad, Ética.

Hegel: elementos para el estado de bienestar.

Introducción.

Es imperiosa la necesidad de reconstruir todas las piezas del estado de bienestar, y más en una realidad como la que asistimos en el siglo XXI, inmersa cada vez más en tendencias globalizantes, dadas a su vez en el marco de crisis sociales y económicas. Donde además el estado sigue jugando un papel importante en dicho escenario, en la medida que es el catalizador de los fenómenos sociopolíticos, sin embargo su función está cada vez más lejos de estar dada al conjunto de la sociedad. Este fenómeno de crisis y de pérdida de la razón estatal lo podemos rastrear fácilmente, en las fuertes recesiones económicas de los países desarrollados, convulsiones sociales, híper inflación normativa de las actuales sociedades, y las tendencias políticas que van hacia puntos extremos del espectro que se dan en tiempos de crisis. Este proceso de crisis de la sociedad capitalista se ha venido configurando y ahondando con la llegada del neoliberalismo a nivel global, con sus distintos matices, ya que no ha tenido un impacto homogéneo en la sociedad global. Pero además este proceso se ha traducido en un impacto teórico, donde el estado de bienestar aparece como algo anacrónico.

Partiendo de esto, este documento se basa en el análisis de las premisas filosóficas, que permitan dar un mejor entendimiento a los postulados sociológicos (Esping Andersen) o económicos (Keynes), del significado de un estado de bienestar. La base sobre la cual partimos es el estado hegeliano como el primer avance hacia el estado de bienestar.

Comenzaremos definiendo y caracterizando el estado en Hegel, para así transitar a su relación con la sociedad civil y la necesidad del estado de bienestar como tal, desde una perspectiva de filosofía política. La importancia que da Hegel al control de la sociedad burguesa o civil, al trabajo y al patrimonio universal en relación con la propiedad privada, finalmente la importancia de la intervención del estado como piedra angular del bienestar, y la relación de estos con el capital, teniendo en cuenta la movilización a través de las distintas corporaciones. Para así hacer un análisis comparativo con las perspectivas de sociología política y economía de los estados del bienestar del siglo XX a manera de conclusión.

El estado y la ética en Hegel.

En la filosofía del derecho de Hegel, se define al estado como “la realidad de la idea de la ética” (Hegel, 1968, pág. 212) en otras palabras es la concreción de la libertad de los individuos incrustada en la realidad, donde la concreción de dicha realidad se da a través del estado mismo, como momento supremo de la ética. De esta manera el objeto o razón de ser del estado es la libertad de los individuos, entendiendo esta libertad como la capacidad de los individuos para realizar su voluntad particular o sus particularidades, sin que esta entre en contradicción con la universalidad (Hegel, 1968, pág. 150)², ya que esta última garantiza la materialización de la primera, y a su vez la particularidad es un fundamento de la existencia de la universalidad. Ese movimiento de relación entre la universalidad y la

² La libertad que estamos definiendo acá no está en términos de libertad negativa, sino como la capacidad de ganar determinaciones, entendiendo dichas determinaciones como actividades que hagan más libre al hombre que encuentre en su diario vivir. Actividades culturales, libre elección de su oficio etc. Es a lo que se refiere Hegel acá.

particularidad, es la piedra angular sobre la cual está concebido el estado hegeliano, como concepto pensado de la reflexión filosófica y ética (Hegel, 1968, pág. 213).

Este planteamiento de la libertad y su concreción en el estado como momento de la eticidad, es la respuesta al desarrollo del capitalismo que atomiza a la sociedad y que mercantiliza los individuos. Es precisamente ahí, en la atomización y mercantilización de los individuos producto de la sociedad capitalista que Hegel coloca de relieve la idea de una libertad concreta, y no abstraída, ya que dicha abstracción manifestada en el derecho, es la que recrea las dinámicas mercantilizadoras de la sociedad en un marco jurídico que invisibiliza de alguna manera dichas dinámicas. Esta dinámica mercantilizadora y atomizadora está dada en lo que Hegel denomina sociedad civil, aquel lugar donde la libertad por un lado queda supeditada al sistema de necesidades (mercado), y por el otro se convierte en la disposición del arbitrio, o libertad negativa. Las consecuencias de una sociedad dejada al arbitrio y a la accidentalidad para la satisfacción de las necesidades humanas, parece ser muy similar a pesar de la distancia temporal entre Hegel y nuestros días, donde la crisis se puede caracterizar como: “La Sociedad Civil en esas oposiciones y en su entresijo presenta, justamente, el espectáculo de la disolución, de la miseria y de la corrupción física y ética, comunes a entrambas” (Hegel, 1968, pág. 173)

Sin embargo para que la libertad concreta se traduzca y se materialice en desmercantilización de los individuos, el estado debe ser algo más allá que un momento de lo ético, a pesar que ese algo responda en última instancia al fin ético. En primer lugar a voluntad como característica del estado, sin embargo la voluntad es objetiva, concreta, en otras palabras no reduce a los individuos a una sola voluntad como los contractualistas, sino que por el contrario la voluntad está basada en la racionalidad de la misma, como una relación donde las distintas voluntades llegan al momento de libertad. Dicha voluntad racional u objetiva, como relación de los distintos actores es un poder superior, el cual subordina los demás intereses al estado (Hegel, 1968, págs. 213-214). Por otro lado la soberanía como una totalidad indivisible (Hegel, 1968, pág. 235). Lo que se pone de relieve acá es la importancia de la soberanía y su movimiento a través de las acciones estatales para la concreción del estado como ético. Ya que si el estado se ve permeado por actores tanto internos como externos entorno a fines particulares, el estado que contiene en sí estas características Hegel lo denomina estado externo o del entendimiento o la necesidad (Hegel, 1968, pág. 172).

No obstante más allá de la existencia de la voluntad y de la soberanía, como características que hacen posibles los fines del estado. Por otro lado también Hegel se plantea en el marco de la sociedad civil y el estado diferentes cuestiones que dirijan la sociedad en general hacia la eticidad en torno al tema de economía política, y del tema de las clases sociales.

La sociedad civil y el estado.

El movimiento del estado son todas aquellas acciones o intervenciones provenientes de la voluntad soberana que buscan la concreción de la ética como la realidad de libertad. No obstante vale la pena resaltar que las acciones en Hegel se dan en el marco de un campo difuso, entre la sociedad civil y el estado, ya que dentro de la sociedad civil se incluye a la administración de la justicia, y segundo la policía y la corporación, temas que son propios del estado (Hegel, 1968, pág. 176). Esta complejidad en los tres momentos del estado se explica a partir que el primero de estos momentos, el sistema de necesidades, se refiere a

las relaciones económicas (sociedad capitalista), sin embargo la administración de justicia por un lado, y de la misma manera la policía y la corporación por el otro, son doctrinas propias del estado, (Bobbio , 1994, pág. 52).

Partiendo de estos tres momentos, nos detendremos a hacer un análisis más detallado de cada uno de ellos y ver su tránsito a un estado de bienestar del siglo XX.

En primer lugar el sistema de necesidades, es la sociedad capitalista, la cual está enmarcada en crisis de superproducción y subconsumo, que se traduce en una sociedad desigual (Alliscioni, pág. 256). Hegel en el sistema de necesidades comienza a acercarse más hacia una economía política, no obstante desde una perspectiva desde una filosofía del derecho, más que desde una perspectiva de economía propiamente dicha (Alliscioni, pág. 253) De esta manera encontramos entre necesidades y trabajo, inmersos en la sociedad capitalista, pero también un cruce entre necesidad, cosas que las satisfacen dicha necesidad y trabajo, siendo este último el modo de mediar y satisfacer los dos primeros.

Respecto a la necesidad Hegel evidencia la cada vez mayor división del trabajo, entorno a necesidades cada vez más particularizadas, y es ahí en la satisfacción de las necesidades efectiva, la que lo hace como ser reconocido (Hegel, 1968, pág. 178) En otras palabras la necesidad, es necesidad cuando es posible efectivizarla, basado en que cada oferta produce su demanda, sin embargo hay necesidades que no son satisfechas. Pero lo más importante es la crítica a la libertad, ya que en la satisfacción de las necesidades no se encuentra, una liberación, solo en un sentido formal. “Sin tener en cuenta que el momento de la liberación reside en el trabajo.” (Hegel, 1968, pág. 179). Acá se comienza a divisar la importancia como piedra angular del bienestar, no obstante más adelante profundizaremos respecto a este tema.

El trabajo como mediador entre la necesidad y la satisfacción de esta, en un marco donde la división del trabajo se hace cada vez más fuerte, donde el trabajo toma cada vez más una forma más mecánica, y hace más latente la posibilidad del reemplazo de la maquina por el hombre (Hegel, 1968, pág. 180).

En lo anterior esta descrito uno de los problemas graves de la sociedad capitalista, y más concretamente del capital, entendiendo al capital como el conjunto de bienes y servicios, que tienen como fin la generación de más bienes y servicios entorno a la acumulación. Sin embargo ese estado de cosas como lo indicamos más arriba, solo es una forma del entendimiento que deja las necesidades a la accidentalidad, dicha accidentalidad no es más que la libertad en el mercado partiendo de la ley de Say. Sin embargo ante la desajustes en la realidad de la ley Say, Hegel ve el problema en torno a una desigualdad por el lado de la demanda respecto a la oferta que incide en la ocupación o el trabajo. “Lo que interesa a Hegel es que un desequilibrio entre la oferta y la demanda producido en el mercado de bienes provoca un desajuste serio en el mercado laboral, lo que a su vez repercute en una disminución de la demanda, y así se reproduce el círculo” (Alliscioni, pág. 245).

Partiendo de este análisis interpretativo de Alliscioni, respecto a la economía en Hegel es evidente la importancia del empleo como medio liberador de los individuos, y no como medio de mercantilización como sucede en el sistema capitalista puro. Esta idea del trabajo como forma de liberación se cruza a su vez con la idea del patrimonio universal, ya que el trabajo es la forma de participación individual en el patrimonio universal o en la riqueza

general, sin embargo en la sociedad civil, dicha participación en el patrimonio universal está supeditada a la accidentalidad, lo que trae consigo la desigualdad en cuanto a la riqueza de los individuos otro de los ejes fundamentales sobre los que gira Hegel (Hegel, 1968, pág. 181).

El concepto de patrimonio universal en Hegel tiene dos caras, por un lado la suma total de productos y servicios el equivalente al PIB de nuestros días, pero por el otro la importancia a las fuerzas productivas para el futuro, en otras palabras abarca los medios de producción, pero también el tema salarial (Alliscioni, pág. 266). Este concepto por sus dos caras implica no solo un crecimiento económico, sino que este, esté ligado al logro de la eticidad dentro de la sociedad.

Sin embargo la forma de participación en el patrimonio universal, esta mediada por la clase Hegel para estos efectos determina tres clases en la sociedad civil primero la clase sustancial entendida como sector rural de alguna manera más arraigado a las costumbres medievales, segundo la clase industrial la cual transforma los productos naturales en productos para satisfacción de necesidades cada vez particularizadas, en torno a la acumulación, tercero la clase universal encargada de los asuntos del interés general en otras palabras la burocracia (Hegel, 1968, pág. 181). Sin embargo para efectos del siglo XXI se puede dividir en sector real, sector financiero, sector estatal, siendo el sector financiero la clase que es la piedra angular del actual sistema capitalista o sociedad burguesa, a diferencia de la incipiente clase industrial que era para el siglo XIX el eje de la sociedad burguesa de ese periodo.

De esta manera vamos develando la importancia de la clase universal, para el estado y la ética en Hegel, en otras palabras la importancia de una burocracia fuerte y de una intervención del estado en la economía respecto del desarrollo de las demás clases.

La intervención que Hegel plantea del estado respecto de la sociedad y de la economía, es de alguna manera una respuesta al capitalismo que cada vez va tomando más fuerza y que crea la desigualdad, la atomización e incluso la mercantilización en los individuos. Esta respuesta tiene unos matices bastante particulares, ya que para entender la forma que toma la intervención estatal en Hegel es necesario entender el desarrollo de las ciencias del estado en Alemania. Las raíces de la intervención estatal se encuentran en el cameralismo, técnica enfocada a la administración financiera estatal, en otras palabras la realización de actividades estatales que propendan por el desarrollo del estado en todas sus dimensiones (Alliscioni, pág. 245). No obstante el pensamiento hegeliano respecto a la intervención no se agota tan solo en la tradición cameralista germana sino que también toma elementos como la policía para la intervención estatal, a pesar que este último la policía este en la sociedad civil, la dicotomía sociedad civil y estado se comienza hacer clara desde solo con el desarrollo del capitalismo. Por otro lado es importante hacer claridad respecto a cómo entendía Hegel a la policía, ya que esta tenía funciones de apaciguar las contradicciones que se dan entre los intereses de productores y consumidores, siempre propendiendo por garantizar la participación de la sociedad en general del patrimonio universal, entendiendo dicha intervención como: “vigilancia y cuidado del poder público.” (Hegel, 1968, pág. 201)

Teniendo en cuenta estos antecedentes respecto de la intervención estatal, es necesario ver la forma en que la clase universal, la burocracia, realiza dicha intervención. En primer lugar

Hegel da una gran importancia a la administración de justicia, de hecho como Aliscioni afirma el análisis económico en Hegel es más bien una forma ética del derecho económico. La administración de justicia es una forma de mediación entre las necesidades y el trabajo como derecho abstracto, no obstante en su concreción objetivizada, esto es el derecho como algo incrustado en la realidad de los individuos, lo que se traduce ser conocido y válido. Esto es lo mismo que decir que el derecho debe recogerse en la cotidianidad de las personas como forma, de administrar y regular la interacción entre las personas, en este caso la interacción entre las necesidades y el trabajo (la economía), donde la regulación de dicha interacción debe propender por lo ético.

Por otro lado la administración tributaria es una pieza clave en la forma de intervención estatal, ya que detrás de la tributación esta la forma en que el estado comienza a regular el tema de la distribución de la riqueza y del patrimonio universal como piedra angular del bienestar y en última instancia de la ética. La finalidad de los tributos está ligada tanto a la administración de la justicia como a la policía, (Alliscioni, pág. 287) ya que los tributos son lo que permiten echar a andar todas aquellas actividades positivas por parte del estado, que van tener como propósito la seguridad de la sociedad civil, entendiéndolo por seguridad no solo la protección física, sino la seguridad social también es contemplada acá, con ello se busca acabar con la inequidad y sus consecuencias para lo ético provocada por la sociedad capitalista. Pero la importancia de los tributos es aún más específica, ya que de alguna manera tiene un carácter de progresividad en él³ (Hegel, 1968, pág. 205).

Sin embargo la forma en que las diferentes maneras de intervención estatal se dan, están mediadas por la corporación, entendiéndola como la asociación de distintas personas entorno a una actividad lo que les da intereses comunes, su particularidad es recogida en ese pequeño universo la corporación, en otras palabras dentro la corporación se trata de atenuar los impactos de la sociedad civil. La corporación en Hegel parece echar sus raíces en los gremios de tradición medieval, no obstante lo que más importa para un análisis del estado de bienestar es la capacidad que se tiene a partir de la corporación para la materialización de la libertad concreta (Hegel, 1968, pág. 210), en otras palabras es una forma entre ese campo gris de la dicotomía sociedad civil y estado por el cual se propende por la libertad fuera de la accidentalidad, lo que significa que es un primer garante. Pero además, se muestra acá ante nosotros el tema de la representación, la representación a

³ “Si a las clases adineradas les fuese impuesto el tributo directo, o si en otra propiedad pública (hospitales ricos, misiones, conventos) existieran los medios inmediatos para mantener a las masas que caen en la miseria, en la condición de su ordinario modo de vivir, la subsistencia de los indigentes estaría asegurada sin ser proveída por el trabajo, situación que estaría en contra del principio de la Sociedad Civil y de la conciencia de sus miembros, de su autonomía y dignidad; o, si aquella subsistencia fuese solucionada por el trabajo (por la ocasión de éste), se acrecentaría la cantidad de los productos, en cuya superabundancia y en la falta de suficientes consumidores, productores ellos mismos, reside, por cierto, que el mal se acrecienta sencillamente por esas dos maneras. Hegel G.W.F. Filosofía del derecho, Buenos Aires, Editorial Claridad, 1968, p.205. Aquí se plantea el problema de que la Sociedad Civil no es suficientemente rica, en medio del exceso de la riqueza; esto es, que no posee en la propia riqueza lo suficiente como para evitar el exceso de miseria y la formación de la plebe.” Hegel plantea una política fiscal activa que propenda por la progresividad, sin embargo el segundo apartado de este párrafo es contrario de alguna manera a las ideas del bienestar de los estados del siglo XX y las políticas de pleno, por el problema de la sobreproducción, tal y como sucedió en los años 70 en algunos estados de bienestar europeos que dieron un viraje hacia el neoliberalismo

través de la corporación como la forma efectiva de movilizar cosas sobre la agenda pública, es el tránsito entre la sociedad civil y el estado (Hegel, 1968, págs. 210-211)

Es de esta manera como volvemos al principio, a la ética y a la libertad, y su necesaria concreción encarnada en el estado, que emerge a través de la dialéctica, donde se supera el momento de la sociedad civil, por medio de estas formas que se adquieren en la sociedad se da un tránsito al estado. Así finalmente el desarrollo dialectico ira progresivamente hacia un avance.

Consideraciones finales del estado de bienestar.

Hasta aquí, se han tomado algunos elementos de la filosofía del derecho de Hegel, de un análisis de este, y del aporte de Aliscioni de la perspectiva hegeliana de la economía política. No obstante es menester llevar estos elementos de la filosofía de Hegel a un plano económico y social, en otras palabras ver que podemos tomar de dichos elementos para entender el estado.

A pesar de la abundante literatura en ciencia política, sociología economía entre otras disciplinas respecto a este tema, tomaremos como referencia a Esping Andersen y a John Keynes, para bajar a ese plano social político y económico la filosofía de Hegel.

En primer lugar es necesario definir ¿qué es un estado de bienestar? Basado en Andersen vemos que es difícil dar una definición univoca del estado de bienestar ya que existen diversos estados de bienestar que corresponden a dinámicas particulares, que se dividen en estado de bienestar (corporativista, liberal y socialdemócrata) (Andersen, págs. 26-27). No obstante sin prejuicio de las diferencias que hay entre este tipo de regímenes, podemos caracterizar al estado de bienestar como aquel estado interventor que media entre la sociedad civil y su complejidad en términos de provisión social, esta provisión hace referencia a derechos sociales pero no se agota en ellos sino que mira el alcance efectivo sobre la cotidianidad de las personas (Andersen, pág. 21). Y acá juega un papel muy importante sobre la mesa que nos da Andersen y es la desmercantilización, no obstante este último está muy enraizado con el concepto de libertad concreta hegeliano, en ese sentido se entiende mercantilización como: “It is as markets become universal and hegemonic that the welfare of individuals comes to depend entirely on the cash nexus” (Andersen, pág. 21). Es de esta manera como el desarrollo del sistema de necesidades o del mercado crea una dependencia total del individuo a él, no obstante en condiciones donde termina por ser una mercancía. De este punto precisamente es de donde nace la necesidad de una desmercantilización del individuo, esa desmercantilización es de alguna manera la vuelta a una eticidad en la sociedad, sin embargo y como sostuvimos hace un momento la característica del estado de bienestar es ser interventor, pretendemos hacer un puente ente esta forma de intervención y los momentos de la ética en Hegel.

Si hacemos un recuento de las formas de intervención hegelianas del estado respecto de la sociedad civil, y de la sociedad civil respecto de si misma, aquí mencionadas, encontramos la garantía de los derechos y la intervención estatal en materia de asistencia social, dada a través de formas de tributación. Pero además con la importancia de la corporación como el ente que media entre la sociedad civil y el estado. En ese sentido comenzaremos en primer lugar vislumbrando un panorama respecto de la importancia de la corporación, para así dar paso a las formas de intervención.

La importancia de la clase social como agente político (Andersen, pág. 6), es la base sobre la que se soporta el Welfare State, ya que la clase social es la que escala las demandas social al estado, en nuestros tiempos ya no podemos hablar de corporación como lo hizo, es más factible, ver que la corporación ha mutado a lo que son actualmente los actores sociales y políticos entre ellos los partidos políticos, los grupos sociales de presión, que logran para el caso de los estados del bienestar trasladar el poder político a intervenciones del estado deseadas a la sociedad (Andersen, pág. 6).

Teniendo en el logro en el traslado de las demandas sociales al poder político institucionalizado, este se manifestara a su vez a través de acciones, dichas acciones se efectivizaran por un lado a través del derecho, y por el otro a través de políticas económicas.

La administración de justicia en un estado benefactor, se traduce en la positivización de unos derechos y además de su cumplimiento, en torno al tema desmercantilización, en otras palabras existen actividades contempladas en la ley que aseguran y garantizan el efectivo goce de actividades que van hacia el bienestar social y la libertad finalmente. Esto significa que los llamados derecho de segunda generación o derechos sociales, tienen una garantía respecto de las accidentalidades del mercado, lo que quiere decir que el estado garantiza el acceso real a dicho servicio, transformado en un derecho garantizado.

Por otro lado el manejo que se le da economía tiene rasgos interventores tanto en Hegel como en los estados de bienestar que en su mayoría tienen una influencia keynesiana, a pesar de las evidentes diferencias entre ambos autores ya que Hegel hunde sus raíces en el cameralismo alemán, en cambio Keynes desarrolla su teoría con una influencia clásica a la sazón de una de las crisis más importantes del capitalismo en su historia, no obstante existe un punto de encuentro y es el tema de la distribución en torno al crecimiento de la sociedad en general.

A pesar que los estados del bienestar en muy pocos casos han llegado a la materialización de la idea hegeliana de la participación de la sociedad en el patrimonio universal, no obstante han propendido por una mejor distribución de la riqueza en la sociedad, lo que de alguna manera se traduce en pasos a la materialización de la participación en el patrimonio universal. Las formas de concreción son por un lado la actuación de la policía y de los tributos, y por el otro una política fiscal dinámica y la garantía del empleo pensando una economía desde la demanda.

Tanto en Hegel como en Keynes se muestra una importancia al crecimiento económico, siendo un factor de este el consumo, sin embargo dicho consumo debe ser consumo productivo, (Andersen, pág. 6) un consumo que propenda por la incentivación de la demanda. Sin embargo salta a la luz acá el desarrollo de la sociedad del trabajo en el marco del fordismo que fue propia de los estados del bienestar con políticas keynesianas, no obstante este fordismo o mecanización de las labores productivas, donde cada vez más la maquina controla al hombre.

A pesar de ello lo más importante es pensar una economía desde la demanda donde el estado ejerza e intervenga, para lograr la capacidad de consumo en la población a través de distinto tipo de actividades que impliquen un gasto fiscal, en otras palabras gasto mayor en burocracia que garantice la asistencia social, en otras palabras que la clase universal

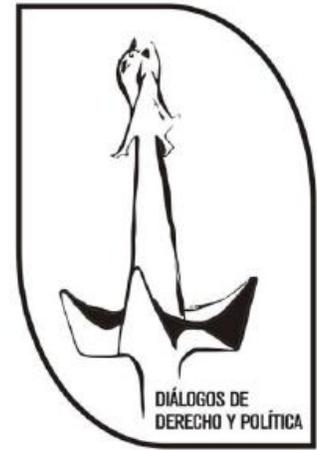
garantice los derechos sociales, lo que a su vez implica una entrada de dinero para el estado, sin embargo pensándose la tributación en términos progresivos que redunde en el estímulo hacia la demanda .

El trabajo como derecho es una de las piedras angulares para ambos autores, a pesar de los distintos fines inmediatos que se encuentren en esta actividad ya sea como forma de incentivar el consumo en una sociedad de mercado, o como forma de la libertad, no obstante el trabajo como derecho garantizado es esencial para la existencia de un estado de bienestar, a pesar de la diferencia en estos fines inmediatos, estos no son excluyentes y tienen configuraciones particulares dependiendo el desarrollo particular de cada estado de bienestar. Y es acá donde aparece la figura del estado como empleador de última instancia un juego que oscila entre la sociedad civil y el estado, pero donde a pesar de la posición en la cual se halle la oscilación el trabajo se convierte en la forma de llegar al bienestar.

Por último es importante destacar, que el trabajo tiene dos caras, como la forma de convertir a los seres humanos en mercancías, o la forma de emancipación de los seres humanos, el tránsito de la una a la otra depende de los impactos que tenga el resultado de la relación sociedad estado sobre los individuos. Sin embargo esto a su vez depende también de una correlación de fuerzas entre los distintos actores políticos y sociales que se catalizan en el estado, y que dan como resultado una forma determinada de estado, bien sea un estado externo, o un estado ético.

BIBLIOGRAFÍA.

- ALLISCIONI, M. (s.f.). *Figuras de la economía en Hegel, El capital en Hegel*
www.saavedrafajardo.org/.../deusmortalis004-11.pdf. Recuperado el 13 de 03 de 2014, de
www.saavedrafajardo.org/.../deusmortalis004-11.pdf:
www.saavedrafajardo.org/.../deusmortalis004-11.pdf
- ANDERSEN, E. (s.f.). *The three worlds of Welfare State Capitalism*. Oxford: Polity Press.
- BOBBIO, N. (1994). *Estado, Gobierno y Sociedad, México Fondo de Cultura Económica*. México:
Fondo de Cultura Económica.
- HEGEL, G. (1968). *Filosofía del Derecho*. Buenos Aires,: Claridad.



Una respuesta a la reseña de Edwin Cruz Rodríguez
Las antinomias del giro ontológico.
En: Diálogos de Derecho y Política.
Medellín. Año 5, No. 12 (Ene.-Dic. 2013).

Iván Darío Ávila Gaitán¹

¹ El profesor Iván Darío Ávila Gaitán, es autor del libro *De la isla del doctor Moreau al planeta de los simios: la dicotomía humano/animal como problema político*. En el pasado número de esta revista, se publicó una reseña que a dicho libro hizo Edwin Cruz. Ahora, a modo de enriquecer la discusión, el profesor Ávila nos envía esta contestación a la misma, donde de nuevo se retoman algunas ideas de su libro.

Una respuesta a la reseña de Edwin Cruz Rodríguez
Las antinomias del giro ontológico.
En: Diálogos de Derecho y Política.
Medellín. Año 5, No. 12 (Ene.-Dic. 2013).

"La única posición desde la cual la objetividad no podría ser practicada ni alabada es el punto de vista del amo, del Hombre, del Dios Uno, cuyo Ojo produce, se apropia y ordena todas las diferencias"

Donna Haraway (1995, p. 332).

En efecto, el giro ontológico se encuentra plagado de antinomias, algunas constructivas y otras probablemente, según el contexto en el que se analicen, demasiado impertinentes o de sobra incongruentes. Abrazar la contradicción constituye uno de los primeros corolarios que se desprenden del materialismo inmanente y de la crítica a la metafísica de la presencia —entendida como sistema discursivo que “dice la verdad” sobre la realidad mediante el privilegio de dicotomías jerárquicas concatenadas y elementos coherentes, estables, puros y delimitados, y cuya forma general se puede sintetizar en el binario ser/no-ser (Derrida, 2010). En otras palabras, expresado no tan negativamente, considero que no existe realidad alguna sin antinomias, incluidos los textos. El énfasis ético-político-ontológico-epistemológico en la plena coherencia, pureza, continuidad, delimitación y estabilidad es quizá la forma más arraigada de totalitarismo que Occidente se niega a reconocer. En términos intelectuales dicho énfasis se halla ligado a la crítica como juicio, a saber, en tanto “descubridora” de faltas, fallos, fortalezas y absurdos. A contracorriente, Michel Foucault (1990) ha propuesto asumir la crítica, lejos de jueces y dictados —es decir, distanciada del sujeto trascendente que procura ordenar (sobre) un objeto—, como la(s) posibilidad(es) de multiplicar los signos de existencia (las alternativas de vida) y el corrimiento, e incluso cierta desestructuración, de los límites de lo inteligible.

Sin embargo, lo anterior no conduce a abandonar toda sistematicidad y valoración, en una actitud ciertamente simplificadora a menudo adjudicada a los trabajos realizados desde perspectivas postmodernas/postestructuralistas. Por eso le agradezco a Edwin Cruz sus comentarios a “De la isla del doctor Moreau al planeta de los simios: la dicotomía humano/animal como problema político” (Ávila, 2013), publicados en la edición número 12 de Diálogos de Derecho y Política. Cruz encontró, aunque tal vez preocupado por la perfección del edificio conceptual, una grieta entre mi propuesta ontológico-epistemológica y la apuesta ético-política, que, admito, resulta inconveniente. No obstante, el espacio entre una y otra cuestión deviene improductivo no tanto por lo “antinómico”, imperfecto o paradójico, sino debido a que la (re)formulación del concepto de “especismo antropocéntrico” no está a la altura de la teorización concerniente a las prácticas políticas veganas.

Cuando escribí “De la isla del doctor Moreau...”, hace dos años pero publicado a mediados del 2013, la inquietud fundamental era por la re/producción de la subordinación, explotación y sujeción animal, cuestión que me condujo a concentrarme en la conceptualización del especismo entendido como “máquina de jerarquización tecno-bio-

físico-social”. Este problema me obligó a elaborar ciertas tesis eminentemente ontológicas y a alinearme con un materialismo inmanente, al tiempo que se efectuaba una lectura deconstructiva de la metafísica de la presencia. La radicalidad animalista, por ende, era casi dada por sentado y me impulsaba a lanzar preguntas incómodas no sólo para la Ciencia Política, sino para el orden del saber dominante hoy a nivel mundial, el cual hace eco de dicotomías como cultura/naturaleza, humano/animal y sujeto/objeto, si bien se suele aceptar la crisis e inconveniencia de las mismas. Efectivamente, me movía para ese entonces entre la valorización y el cuestionamiento de la sintiencia (capacidad de experimentar placer o dolor) como criterio ético. Concomitantemente, tampoco sabía muy bien cuál era el modo más fructífero de entender el veganismo. Sea como fuere, estaba convencido de que la sintiencia no debía ocupar el lugar de un fundamento que instituyera otro tipo de binario jerárquico: sintiente/no-sintiente, pues me arriesgaba a reiterar acríticamente el marco metafísico dominante en Occidente, lo que en términos prácticos se traduce en la subordinación y exclusión del vasto mundo de las plantas, los objetos, etc. Se cercenaría así, pues, casi que cualquier reflexión ecológica y post-antropocéntrica compleja (allende el animalismo).

Igualmente, aunque poseía muchas dudas en cuanto al rescate del veganismo, opté por dejar claro que, como mínimo, se debía tratar de un proyecto ético-político contextualizado, situado, no de un sencillo “vegetarianismo radicalizado” y que, asimismo, parafraseando a Foucault en debate con Chomsky, una guerra, en este caso la abolicionista, no se libra porque sea *justa* sino para ganarla (Herrera, 2002). En ningún lugar yace el Bien (otra de las formas de la verdad y, en últimas, del Ser) esperando a que lo encontremos, todo lo opuesto, la defensa de la humanidad, la consciencia, la sintiencia o cualquier otro criterio que se llegue a concebir como éticamente relevante es ya una operación de poder, un arbitrario que a menudo se “enmascara” de objetividad. En ese sentido, el mismo Peter Singer, con quien entablé una valiosa polémica, desarrolla su trabajo sobre antinomias pues la neutralidad a la que apela es imposible (Haraway, 1995).

En suma, mis declaraciones ético-políticas respondían, sobre todo, a la necesidad de dar cuenta de la parcialidad del conocimiento que estaba produciendo en torno a un orden bio-físico-social específico: el especismo, y eran tan arbitrarias como faltas de fundamento. Cuando todo se desvanece en el aire, cuando la realidad misma resquebraja lo unitario y desmorona violentamente las supuestas esencias, no queda la nada, sino la posibilidad de afirmaciones ético-políticas complejas, contradictorias y heterogéneas, con efectos más allá de nuestro control. Pero no me quiero adelantar a la reflexión sobre el veganismo, por ahora sólo diré que de no haber desplegado mis intereses, e incluso *prejuicios*, hubiera reinstalado el juego de la representación (Heidegger, 1958) mediante el cual un sujeto trascendente, des-incardinado como conciencia pura, controla un externo objeto de estudio e intervención. Así, se deduce que aunque el texto trasluce reivindicaciones específicas, su carácter no es normativo ni prescriptivo, es *situado* o *posicionado*, ya que se habla desde un lugar dinámico pero puntual. Toda una apuesta por la inmanencia. La ético-política, aunque afectada y necesariamente repensada, no se derivaba en ese momento de la epistemología-ontología, antes bien, se tendía a dar por hecho, conformaba el arsenal óptico (Haraway, 1995) que me permitía construir teoría y, sin dudas, atravesaba a esta última, la constituía. Pese a las salvedades esbozadas, como señalé, había efectivamente un “vacío” que me empezó a incomodar y que Cruz, por otras vías, detectó. Logré con-mover parcialmente a la

Ciencia Política y sus fundamentos por medio de la introducción de, como diría Antonio Negri (2006), un monstruo, pero era hora de que mi actividad monstruosa, desestabilizadora, fuera contaminada y re-direccionada por los planteos epistémico-ontológicos que contribuí a erigir.

De esta forma, empecé a trabajar en una manera de abordar el veganismo ya no tanto como dato previo que me componía, que hacía parte de mi incardinación corporal, sino en sintonía con el “plano móvil de inmanencia” y en franca polémica con muchos/as activistas. El resultado, al cual arribé en compañía de Anahí González (quien desde perspectivas biopolíticas y deconstructivas había formulado problemáticas afines), fue proyectar el concepto de veganismo como un conjunto sumamente heterogéneo de prácticas que tienen por objetivo esculpir formas-de-vida alternativas y antagónicas al orden especista (Ávila & González, 2013). Prácticas que existen, que operan. Mis pocos impulsos aparentemente prescriptivos llegaron así a un grado cero; no se trataba de definir *a priori* en qué consistía el veganismo, y mucho menos de levantar un edificio moral sobre “sólidas” bases para su defensa, sencillamente éste había pasado a ser el nombre de alternativas subversivas, multisituadas y hasta divergentes, ante una máquina de jerarquización sanguinaria que atraviesa la alimentación, las maneras de sentir y relacionarnos, las formas de hablar, el conocimiento, la vestimenta y que se compone de dispositivos como zoológicos, granjas (industriales), laboratorios, etcétera.

El veganismo, por lo tanto, desde esta perspectiva, no constituye un “estilo de vida” concreto, con sus libertades y prohibiciones, que debemos respetar y difundir sobre el globo tras una reflexión ultra-racional, como se argumenta desde la filosofía moral. No me interesa formular grandes programas de acción animalista y mucho menos estabilizar al “sujeto revolucionario” y servirlo en bandeja de plata al Estado y al Capital para su aprehensión y digestión. Me siento incluso más tentado a vigilar lo que los gestos animalistas pueden estar excluyendo al caer en lógicas identitarias y representativas (tanto políticas como simbólicas), esa es una lección que he aprendido de la llamada Teoría *Queer* (Gamson, 2002) y de intervenciones como las realizadas por Tiqqun (2009). Ciertamente combinar conceptos como veganismo y especismo, promulgados por la moderna filosofía moral, con aseveraciones ontológico-epistemológicas de corte a-moderno (Haraway, 1999) y post-moderno, puede considerarse antinómico desde ópticas poco hospitalarias con el “des-orden” anti-esencialista y anti-totalitario, sin embargo cabe agregar que, como vimos y al modo de la avispa y la orquídea², los compuestos cuando entran en interacción devienen y, aunque no se anulen todas las incoherencias y diferencias, se logra edificar una herramienta útil, que opera y afecta más allá de la perfección teórica racional. En virtud de lo anterior las antinomias pueden no ser sólo aparentes sino muy reales, pero en ello no hay nada de reprochable, pues no nos acosan preocupaciones metafísicas ni por la coherencia intelectual ni por el desvelamiento de Verdades que esperan pasivamente nuestra llegada. De hecho el plano móvil de inmanencia hace que gocemos con las anti-*nomias*, con las embestidas contra el *nomos*, la ley, el orden, origen o *arkhé*, en fin, contra el Ser. La

² “La orquídea se desterritorializa al formar una imagen, un calco de avispa; pero la avispa se reterritorializa en esa imagen. No obstante, también la avispa se desterritorializa, deviene una pieza del aparato de reproducción de la orquídea; pero reterritorializa a la orquídea al transportar el polen. La avispa y la orquídea hacen rizoma en tanto que heterogéneos. (...) No hay imitación ni semejanza, sino surgimiento, a partir de dos series heterogéneas” (Deleuze & Guattari, 2010, p. 15-16).

inmanencia deja reducida a pura comicidad el principio de identidad y de ello no se libra el *nomos basileus*, que jugando con la etimología significa “la ley es la ley”.

Ahora bien, la movilidad caótica del plano de inmanencia no se traduce en una salvaguardia del movimiento por el movimiento, por eso se explicita la existencia de intensidades diversas, de “niveles” de “estabilidad”. Estoy de acuerdo con Cruz en que es un acuciante problema actual la lógica de consumo acelerado conectada con una producción tecnocientífica sin límites, depredadora. En lo que diferimos es que yo, en parte, explico tales dinámicas no por la adhesión al “cambio por el cambio” sino como corolario de uno de los fenómenos más lamentables que ha incubado la metafísica de la presencia: el sujeto moderno. Este sujeto, definido en tanto (auto) conciencia trascendental, se ha erigido en contra de la naturaleza, se ha pretendido separar del contexto tecno-bio-físico-social para gobernar soberanamente, autoritariamente, sobre el mismo. Cuando vislumbro singularidades posthumanas y postanimales en mi *disutópico* “planeta de los simios” pienso en seres que abrazan su incardinación mundana, que se definen por sus relaciones y cuya vida, cuyos umbrales de sustentabilidad (Braidotti, 2009), se establecen colectivamente, a saber, siempre considerando “actores” heterogéneos y ontológicamente entrecruzados pero no idénticos. La inmanencia exige reconocer la interdependencia y necesidad de cuidado (Tronto, 1993) o apoyo mutuo (Kropotkin, 1970), como afirmarían muchos (eco) anarquistas y (eco) feministas. El *cyborg*, pues, no corresponde a una exaltación de la tecno-ciencia y sus aceleradas transformaciones sino a un llamado, mediante una figura popularizada por la ciencia ficción, que vuelca la atención sobre co-existencias opuestas a la omnipotencia y soledad del sujeto moderno, formas-de-vida que resquebrajan límites sólidos entre lo físico/no-físico, humano/animal y humano/máquina, de ahí que Donna Haraway exclame: “En tanto que monstruos, ¿podemos demostrar otro orden de significación? ¡Cyborgs para la supervivencia de la tierra!” (Haraway, 1995, p. 67).

Finalmente, quisiera puntualizar que la igualdad ontológica no se traduce en igualdad política de forma instantánea, esa sería una afirmación errada y se llegaría allí por no apreciar la sedimentación de las relaciones de poder. En el caso del especismo equivaldría a ignorar justamente tanto el antro-po-poder como las tecnologías de especificación y la zooantroponormatividad. Las ratas de laboratorio, por ejemplo, contribuyen a través de su fuerza singular a que emerjan los manuales que intentan neutralizarlas, eso muestra su “agencia”, a su vez modifican los espacios en que están confinadas, sus cuerpos siempre “pueden” más de lo que quisieran los científicos, pero ¡cómo ignorar que los categorizados como humanos tienen a la máquina de jerarquización de su lado!, ¡justamente ese es el problema, que, aunque ontológicamente un filósofo y una piedra valen lo mismo, políticamente el mundo de los seres animalizados, generizados, racializados, etc., es subordinado, denostado sistemáticamente! No debemos confundir jamás el movimiento intrínseco al plano de inmanencia con igualdad fáctica en términos de “agencia”, y mucho menos con la hiper-velocidad devastadora del capitalismo contemporáneo conectada con la pretendida, pero nunca conquistada, agencia absoluta del sujeto moderno.

BIBLIOGRAFÍA.

ÁVILA GAITÁN, Iván Darío. De la isla del doctor Moreau al planeta de los simios; La dicotomía humano/animal como problema político. Bogotá: Ediciones Desde Abajo, 2013.

ÁVILA GAITÁN, Iván Darío & GONZÁLEZ, Anahí Gabriela. Resistencia animal: ética, perspectivismo y políticas de subversión. En: Revista latinoamericana de estudios críticos animales. Año I, vol. I (2013): p. 35-50.

BRAIDOTTI, Rosi. Transposiciones Sobre la ética nómada. Barcelona: Gedisa, 2009. P. 281-311.

DELEUZE, Gilles & GUATTARI, Félix. Mil Mesetas Capitalismo y Esquizofrenia. Valencia: Pre-textos, 2010.

DERRIDA, Jacques. De la gramatología. México: Siglo veintiuno editores, 2010.

FOUCAULT, Michel. Qu'est-ce que la critique? [Critique et *Aufklärung*]. En: Bulletin de la Société Française de Philosophie. Año 84, No. 2 (Abril-Junio 1990): p. 35-63.

GAMSON, Joshua. ¿Deben autodestruirse los movimientos identitarios? Un extraño dilema. En: MÉRIDA JIMÉNEZ, Rafael. Sexualidades transgresoras Una antología de los estudios queer. Barcelona: Icaria, 2002. P. 141-172.

HARAWAY, Donna. Ciencia, *cyborgs* y mujeres La reinención de la naturaleza. Madrid: Ediciones Cátedra, 1995.

HARAWAY, Donna. Las promesas de los monstruos. Una política regeneradora para otros inapropiados/bles. En: Política y sociedad. Madrid. No. 30 (1999): p. 121-164.

HEIDEGGER, Martin. La época de la imagen del mundo. Santiago de Chile: Editorial Nascimento, 1958.

HERRERA ZGAIB, Miguel Ángel. Justicia, naturaleza humana y política: ¿Esencialismo o antiesencialismo? En: WILKIN, Peter. Chomsky y Foucault. Bogotá: Instituto UNIJUS – Universidad Nacional de Colombia, 2002. p. 11-12.

KROPOTKIN, Piotr. El apoyo mutuo: un factor de evolución. Buenos Aires: Protección, 1970.

NEGRI, Antonio. La multitud monstruosa. En: Movimientos en el Imperio Pasajes y paisajes. Madrid: Paidós, 2006. P. 65-70.

TIQQUN. Llamamiento y otros fognazos. Madrid: Ediciones acuarela y Machado libros, 2009.

TRONTO, Joan. Moral Boundaries: A political argument for an ethic of care. New York: Routledge, 1993.