



# Diálogos

## de Derecho y Política

NÚMERO 12 // AÑO 5 // ENERO - DICIEMBRE DE 2013 // ISSN 2145-2784



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://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/>

# Contenido

|  |     |
|--|-----|
| Editorial.....   | 4   |
| El sentido ético-político en el panorama actual y el aporte de tony judt en “algo va mal”.<br>Carmen Helena Romero Díaz.....   | 6   |
| Una perorata sobre la objeción de conciencia. Observaciones de un escéptico.<br>David Sierra Sorockinas.....   | 18  |
| Esferas públicas: agendas mediáticas de inseguridad e injusticia. Public areas: diaries of<br>insecurity and injustice.<br>Cruz García Lirios .....  | 28  |
| ¿Qué dijo John Locke sobre la propiedad?<br>Reinaldo Rodríguez Aguilar.....  | 39  |
| Estudio jurídico sobre minería ilegal en la legislación ambiental y penal de Colombia; caso<br>minería ilegal en la región del San Juan, departamento del Chocó (2005-2011).<br>Lisneider Hinestroza Cuesta y Audrey Karina Mena Mosquea .....             | 50  |
| La configuración de la gobernanza en los países desarrollados.<br>Ana Victoria Vásquez Cárdenas.....   | 71  |
| La diferenciación derivativa-funcional de la jurisprudencia constitucional para su<br>determinación como fuente formal de derecho. (Argumentos para la consolidación de una<br>decisión del Tribunal Constitucional de Colombia)<br>Jorge E. Barajas ..... | 87  |
| Reseña. Las antinomias del giro ontológico.<br>Edwin Cruz Rodríguez.....   | 108 |

# Editorial

Cambios en la dirección de esta revista motivaron una para inusual. Pero la misma fue también oportunidad para acumular mayores impulsos a la vuelta. Sería injusto creernos Adán y hablar de relanzamientos falsos, ignorando el camino que se ha sabido abrir esta publicación y el perfil que claramente ha dibujado su pasado, ya no tan reciente. El primer escollo de toda publicación como esta, el neonatismo, ya se encuentra para nosotros más que superado.

En lo que sí se aprovecharon estos meses de silencio, fue en trabajar para presentar en este reciente número el más robusto material que se haya publicado en entregas anteriores.

Ahora presentamos ocho artículos de primera calidad e interés, y se inauguran dos secciones nuevas. Para empezar por lo último, desde este número se inicia la sesión de Reseñas, para comentar obras de interés académico desde lo jurídico y lo político, y para motivar a la discusión que evite que las publicaciones se vuelvan lápidas olvidadas. Sartre decía que un escrito nunca nace como objeto para el mundo, hasta tanto alguien más que su autor no se anime a leerlo. Ese es uno de los mayores problemas actuales de las publicaciones académicas, su falta de público lector. Para muchos, son sitios de interés para publicar lo propio, no para consultar lo ajeno. Nos aproximamos más a la estantería de una librería, donde se quiere exhibir lo hecho, que a la mesa de una biblioteca donde el lector curioso y caprichoso llega por casualidad a un artículo interesante.

Por ello queremos fomentar las discusiones en tinta, los buenos choques de argumentos a través de escribir sobre escritos. Que lo publicado sea invitación más a dialogar que a pontificar. La reseña incluida en este número, nos la proporciona Edwin Cruz, comentando la última obra de Iván Darío Ávila Gaitán, nada menos que acercando a la ciencia política - al concepto de soberanía, para más datos- esa relación entre lo humano y lo animal, mostrando la reducida idea de prójimo que aún maneja cierto rezago de las ciencias sociales, y tratando como patología social lo que hoy día se denomina el especismo, con las mismas desafortunadas consecuencias que antes se censuraran sólo para colonialismo o el racismo –entre meros humanos-.

La siguiente nueva sección, tiene que ver con nuevas formas de material documental, para aprovechar las ventajas de ser publicación digital. En adelante cada número vendrá con la grabación en video de entrevistas realizadas a autoridades sobre temas jurídicos y políticos. Para empezar, este número contiene la entrevista realizada al profesor español Manuel Rebollo Puig, de la Universidad de Córdoba. Uno de los decanos del ahora llamado Derecho Administrativo Sancionador. Con una prolífica obra sobre el tema, nos muestra en esta ocasión sus reflexiones sobre las facultades de la administración para sancionar al ciudadano, en reemplazo de los tradicionales jueces, y cómo queda el Estado de derecho ante este fenómeno, junto con la inclusión del modelo colombiano a esa tendencia, y los desajustes que conserva su sistema, sobre todo en el derecho disciplinario.

De otro lado, la primera serie de artículos de este número, son análisis ingeniosos desde la ciencia política, de temas coyunturales. Carmen Elena Romero echa mano de la llamada ética aplicada, como el elemento primero a ser conjugado con las ahora tan sonadas

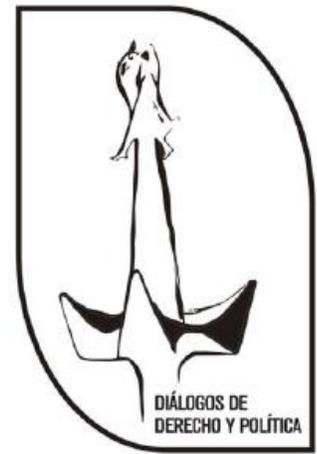
políticas públicas, y termina por dar la relevancia merecida aunque todavía no completa, a la obra Algo va mal; el casi testamento literario de Tony Judt. David Sierra, en otro artículo, se lanza en un aguerrido choque contra nada menos que la distinguida Marina Gascón, tratando de mostrar las falencias en su manejo jurídico del concepto de la objeción de conciencia, y haciendo un paneo nada ligero del desarrollo que ha tenido este elemento aquí en Colombia. Así mismo, esta primera tanda de artículos la cierra Cruz García Lirios, profesor internacional que ya anteriormente nos había hecho aportes, esta vez con un análisis sobre el inagotable tema de los medios de comunicación, y cómo este, manida, pero contundentemente llamado cuarto poder, crea percepciones que se imponen como realidades en el colectivo, las cuales a la postre pueden cooptar la agenda de seguridad en un sistema jurídico y político.

Para resaltar también, la colaboración que desde Cuba nos manda el profesor de la Universidad de La Habana, Reinaldo Rodríguez Aguilar. Representante de un modelo jurídico tan próximo como extraño para nosotros, en donde cuando menos se revalúan algunas aptitudes de derechos que aquí asumimos a veces tan bien fijados y ahistóricos. En su artículo, se va a desbaratar el castillo de uno de los pioneros en el tema de los derechos de propiedad. Nada menos que John Locke, es sometido a la lente del escepticismo, y mediante un juicioso ejercicio de lectura crítica, nos muestra cómo allí mismo, en su obra, pudo surgir la confusión entre los derechos de libertad y los derechos de propiedad, que arrastró consigo todo el liberalismo venidero, dado que Locke se limitó a hablar como propietario cuando enunciaba los derechos subjetivos de autonomía y libertad.

Para terminar, aterrizamos con una tanda de artículos sobre temas estrictamente jurídicos, de gran vigor teórico. Linsneider Hinestrosa y Audrey Karina Mena, se vuelcan a analizar el fenómeno de la minería en el Chocó, y la experiencia de su regulación desde los nacientes delitos ambientales y la ley sancionatoria ambiental. Sin duda uno de los mejores trabajos publicados aquí, con hallazgos sesudos que desnudan, una vez más, a un país que en estos temas tiene más legislación que realidad. De otro lado, la profesora Ana Victoria Vásquez realiza en su escrito publicado aquí un estudio minucioso de la figura de la gobernanza, embrionaria en nuestro contexto. Y la vislumbra como una valiosa herramienta como método de creación de ciertas autonomías de los gobiernos locales, que dinamicen y combatan el enmarañado modelo tecnocrático de los estados modernos; por ello se enfoca en contar la experiencia de algunos de los sistemas jurídicos europeos. Finalmente, Jorge E. Barajas nos muestra un estudio a conciencia de la figura de la jurisprudencia constitucional, y basado en recientes sentencias de nuestra Corte Constitucional, trata de delimitar la relevancia de dicha clase específica de jurisprudencia, que la aparta y resalta del mero precedente judicial y la incluye con resaltos dentro del modelo, hartamente discutido, de nuestras fuentes de derecho.

Un número bastante robusto, como se advirtió al principio. Quizás para compensar el largo silencio, pero también con el reto mantener este mismo nivel de calidad y cantidad en las publicaciones venideras.

Cristian Zapata Chavarría  
Director-editor



## **El sentido ético-político en el panorama actual y el aporte de tony judt en “algo va mal”.**

**Carmen Helena Romero Díaz**

Profesora Tiempo Completo Titular de la Universidad de la Costa “CUC”.  
Doctorado en Ciencias Políticas de la Universidad Rafael Beloso Chacín (URBE-enero 2013),  
Maracaibo, Venezuela. Post-Doctorado en “Estado, Políticas Públicas y Paz Social” (URBE-2011).  
Diplomado en Transformación Educativa, Multiversidad Mundo Real Edgar Morin (2010),  
Hermosillo, México. Post-Doctorado en “Gerencia de las Organizaciones” (URBE-2009).  
Doctorado en Ciencias de la Educación (URBE-2007). Universidad de la Costa (CUC).  
Programa de Ingeniería Industrial. Calle 58 # 55-66 CP 50366, Barranquilla, Colombia.  
+5753362258 / [carmenhelena2007@gmail.com](mailto:carmenhelena2007@gmail.com) / [cromero11@cuc.edu.co](mailto:cromero11@cuc.edu.co)

## **Resumen.**

Este trabajo presenta un análisis reflexivo sobre la ética política en lo que puede significar un proyecto público, es decir, dentro de lo que se planifica a nivel gubernamental en aras del bienestar común para la sociedad. Se trata de un estudio documental-analítico y reflexivo, que se apoya en los preceptos de la Ética Aplicada en las Organizaciones Públicas, la Inteligencia Social y la Gerencia Empresarial desde una Perspectiva Ergonómica. Se expone finalmente, un aporte sobre el acontecer actual, cuando se advierte que el ejercicio del poder político en la democracia y ética de la supervivencia, conduce a la frustración de la persona, cuando ésta no se ve relacionada con el proyecto político, lo que conlleva a un sentimiento de separación-frustración como agente extraño en el ámbito del territorio que comparte con otros, en donde además, el individuo no se siente reflejado en la acciones de los centros, grupos y actores de poder. Cabe destacar que se brinda también, un panorama acerca de la pérdida de valores que en la sociedad, han ido perturbando su posibilidad de convivencia armónica, con la intención de hacer un llamado a la reflexión sobre estos hechos y portavoces de soluciones oportunas y contextualizadas.

**Palabras Clave:** Ética, Política, Inteligencia Social, Organizaciones Públicas, Proyecto Político.

## **El sentido ético-político en el panorama actual y el aporte de tony judt en “algo va mal”.**

### **Introducción.**

En el acontecer mundial que aqueja a la humanidad con un cambio climático que amenaza globalmente, el uso desmedido de los recursos naturales, además de la pérdida de valores fundamentales como el derecho a una vida digna y una educación verdaderamente contextualizada, entre otros aspectos, cabe revisar el significado de poder, el sentido de las políticas de estado y el quehacer de los dirigentes gubernamentales, desde su posible intervención en virtud del progreso del país, en su intención de beneficiar a los ciudadanos y a todo el territorio nacional.

En este sentido, Víctor Martín (2008) hace un recorrido en el siglo XX, connotando las grandes revoluciones científicas que conllevaron a la transformación del pensamiento social y a su preocupación por discutir acerca de las conductas orientadas a la valorización de la vida, su cuidado y preservación, tanto en el plano individual, como en lo social, ambiental y global. Se connota además, que a pesar de distinguir al conocimiento como poder, éste todavía no ha resultado suficiente para solventar los males que merman al mundo global, como lo es el hambre, la desnutrición y enfermedades que vuelven a ser recurrentes después de haber sido erradicadas en el pasado, entre otros aspectos significantes.

Es por ello que nace una gran preocupación por dar respuesta a estas circunstancias, a partir de la observación y reconocimiento de las necesidades latentes en la población, siendo vital el desarrollo de la inteligencia social que, tal como lo expone el autor citado, puede comprenderse como la “capacidad de generar y desarrollar las competencias necesarias para el ejercicio efectivo de la responsabilidad social en las organizaciones”. En un camino ascendente hacia el bienestar común, expone que los desafíos planteados por el desarrollo de una inteligencia ética en las organizaciones públicas, incorporan un cambio sustancial en las relaciones de sus miembros, transformaciones en el liderazgo, programas de formación ética, entre otros aspectos.

En este orden de ideas, se incorpora también parte del legado de Tony Judt (1948-2010), en su recorrido reflexivo por dilucidar y aproximarse a comprender los males de nuestro mundo, en donde el aumento de la pobreza se hace sentir con vehemencia, al tiempo que se incrementa el número de excluidos, siendo sumamente crítica la separación que se ha hecho a la sociedad con respecto al debate público, dejando resaltar un preocupante interés por los principios científicos de la economía que absorbe y anula a la voluntad ciudadana.

### **Aplicaciones de la Ética en el Proyecto Público.**

Los desafíos que enfrenta la ética aplicada, en torno al valor de la vida, tal como lo expone Martín (2008), pueden abordarse considerando el nivel de conocimiento, el nivel del saber, que incluye y reorienta al conocimiento, además de la sabiduría, apoyada en la innovación y la creatividad; enmarcado todo dentro de una práctica responsable que sepa jerarquizar y establecer una escala de valores que le permita comprender los acontecimientos de urgencias, vistos como las condiciones de supervivencia; que pueda advertir lo complejo en

su relacionamiento sistémico; y la aceptación de la diversidad incluyendo las diferencias y la construcción de una vida de calidad, como lo verdaderamente importante.

Nos deja saber el autor, que la integración del conocimiento con el saber y la sabiduría, puede promover el avance científico desde la perspectiva de la Ética Aplicada, atendiendo las prioridades y urgencias del ser humano. Pero un punto de incertidumbre surge cuando esto ha de reflejarse en la conducta sistémica y social-responsable de las personas que dirigen una organización o cualquier ente productivo, sea cual fuere su naturaleza y/o envergadura.

Al respecto refiere Romero (2008) que, cuando se evoca a la Responsabilidad Social Empresarial (SRE), se compromete a la acción que ha de gestarse dentro de un misma organización cuando refiere al estado de bienestar que debe garantizarse a los trabajadores y que incluye su seguridad laboral, los beneficios para el desarrollo profesional, incentivos para su progreso y calidad de vida, entre diversos factores que contribuyen a la motivación del empleado, impactando su nivel de productividad.

Pero su alcance traspasa las fronteras de la organización, cuando la planta física se observa como un elemento que comparte espacio, ambiente y vida sistémica con una comunidad y sociedad que espera que su nivel de atención esté garantizado por los más altos niveles profesionales, de seguridad, higiene y protección integral.

De allí que la autora citada explique la necesidad de estudiar muy bien las funciones de cada organización, por medio de su espacio físico arquitectónico y todos los elementos que permitan el desenvolvimiento de cualquiera de sus actividades productivas, para contribuir a su integración armónica con el medio ambiente exterior, permitiendo su reconocimiento por la comunidad vecina que sería quien mejor daría fe de su aceptación, por acometer un emplazamiento acorde con las ordenanzas de zonificación urbana y, más aún, por su adaptación al contexto socio-cultural al que pertenece, en donde deben cuidarse detalles de forma, color, texturas, vegetación y paisajismo, entre otras consideraciones, dando una gran fuerza responsable a los factores inherentes al manejo, transporte y destino final de los desechos que diariamente producen.<sup>1</sup>

Sobre estos aspectos Romero (2008) comenta que en la actualidad del contexto venezolano, es un camino que está comenzando y todavía el concepto de la responsabilidad social empresarial suele entenderse como una acción que sólo mira hacia el entorno y la relación de la empresa con el medio ambiente de manera aún muy incipiente. Además, sabiendo que la gran mayoría de las empresas, no sólo aquí, sino en Latinoamérica, tienden a ser del ramo de la pequeña y mediana industria, muchas veces no ven este concepto como una inversión, sino distorsionadamente como un gasto que ellos no creen poder soportar. Habría que repensar entonces, en el diseño de unas políticas públicas más contextualizadas que, entre múltiples aspectos, puedan materializarse en hechos por medio de estrategias bien definidas y a la medida de las realidades en cada sitio que aplique.

Sin embargo, diversas acciones, programas o políticas, que buscan orientar la integración armónica del sector productivo con su comunidad, en aras de ofrecer productos, bienes y

---

<sup>1</sup> Romero Díaz, Carmen Helena (2009). La prevención de riesgos laborales y el sentido social responsable desde la gerencia médico-asistencial. <http://es.scribd.com/doc/45059479/1247>

servicios verdaderamente contextualizados y al alcance de todos, revelan hoy en día que forman parte de preceptos derivados de las leyes, reglamentos y normas que obligan al cumplimiento de acciones que deben prevalecer en toda organización y que de manera espontánea no se ejecutaban suficientemente.

Por ello es importante dar a conocer a cada organización humana empresarial, el alcance y los beneficios que la responsabilidad social le otorga a las empresas, sea cual fuere su naturaleza y nivel de producción, garantizando la presencia de organizaciones sustentables y sostenidas en el tiempo, que es lo que empleado y comunidad buscan en su aspiración a una seguridad laboral, que se refleja en la seguridad sobre el modo de vida y una sociedad que siempre espera algo positivo de cada institución. Asimismo, deben acoplarse los factores legales, éticos, morales, culturales y ambientales, tomando en cuenta tanto los aspectos internos como los externos de la organización.

Evocar el pensamiento intrínseco en lo social, desde una perspectiva sistémica-dinámica, conlleva a comprender el aporte de Sotolongo (2006), cuando dejar ver lo imperante en la consideración del contexto, al reconocer que es allí donde se desarrolla todo tipo de actividad productiva, y desde donde se aprecia cualquier cantidad de esfuerzos en considerar sus beneficios para la sociedad y su integración en armonía con el medio ambiente. De esta forma, cuando se observa a la colectividad con su cultura y modo de vida, se puede aproximar el significado de los hechos que pueden armonizar o no con su conducta, para descubrir las verdaderas necesidades subyacentes y expectativas, al considerar y comprender la evolución de su entorno integrado al nuevo desarrollo de su comunidad, así como con la reorganización y repotenciación de algún sector de interés.

Se entiende entonces que al aperturarse al desarrollo de la sinergia entre las expectativas de la comunidad y las del ente productivo, se pueden sentar bases sólidas sobre los patrones colectivos de interacción social, logrando que cada acto sea socialmente aceptado. Pensar además en una gerencia más humanizada y sensible, conlleva a la consideración de aspectos fundamentales que contribuyan a la seguridad, higiene y ambiente de toda una organización, así como al estado emotivo de cada trabajador cuando logra sentirse parte importante activa dentro de su empresa, en donde percibe seguridad laboral y atención de sus necesidades para alcanzar su mayor desarrollo productivo, dentro de unas condiciones palpables que garantizan su más elevado nivel de salud.

De esta forma, aproximándonos a la gestación de mecanismos conducentes a la formación en valores para propiciar el cambio hacia una conducta más humana, que valore el sentido de la vida y su preservación, surge la Gerencia Empresarial desde una Perspectiva Ergonómica presentada por Romero (2008) apoyando la figura denominada como el *Gerente Integral Humanista*, que ha de consolidar esta gestión, asumiendo un liderazgo con habilidad para hacer uso apropiado de su conocimiento, de los métodos, de las técnicas y de los medios necesarios para la ejecución de tareas específicas; además de una habilidad conceptual que refleje su capacidad para percibir a la organización como un todo (sistema complejo), reconocer sus elementos, las interrelaciones entre los mismos y la manera en que los cambios en alguna parte de su empresa afectan o pueden afectar a los demás departamentos y a su entorno.

El Gerente Integral Humanista ha de integrar los conocimientos de la gerencia, la ergonomía, la responsabilidad social y el desarrollo de las organizaciones inteligentes,

estableciendo un acercamiento asertivo y empático con los miembros de su organización, con el entorno ambiental y la comunidad vecina; propiciando una continuidad próspera y ascendente del proceso productivo, con un carácter sostenible y sustentable frente a la sociedad.<sup>2</sup>

En esto resulta fundamental el desarrollo de una inteligencia ecológica, rememorando el pensamiento de Morin (2003) sobre la educación en la era planetaria, en virtud de que esta inteligencia, a la luz de lo expuesto por Goleman (2009), habla del estado de conciencia sobre el cuidado del planeta y el desarrollo de una capacidad para vivir minimizando el daño a la naturaleza, aprendiendo asimismo a ser consumidores sensatos, que verdaderamente adquieran lo justo que necesiten, sin abusar con excesos en el uso de recursos.

Tomar una actitud consciente de las consecuencias de nuestros hechos, conduce a la reflexión de reconocer la diferencia entre lo que culturalmente se considera “normal” en el quehacer de un colectivo y lo que de verdad resulta natural e inofensivo para el medio ambiente en general. También se llama a la reflexión sobre el consumo consciente, es decir, que se aprenda a consumir lo que en realidad se necesite y que, a su vez, sea lo mejor para sí mismo de acuerdo con su bienestar integral y del ambiente natural. Se promueve de esta forma un cambio de actitud que sustituya la acción de comprar impulsivamente, hacia una compra regida por valores.

En este sentido, la educación es factor clave para escalar hacia estados de bienestar en forma progresiva, razón por la que Martin (2008) conlleva a pensar que la realización de talleres y otras actividades para el desarrollo de la inteligencia ética en las organizaciones, en el ámbito de las ciencias políticas, la gerencia, entre otros, abre un vía de enriquecimiento y proyección por medio de programas formativos en donde convergen la administración pública, universidades, ente empresarial y sociedad civil.

Un camino hacia la construcción de una respuesta asertiva a las formas de manifestación o ejercicio del poder, las políticas de estado y la acción de los dirigentes gubernamentales, bien puede sustentarse en la reflexión para comprender al poder como la fuerza que permite un determinado “quehacer” ciertamente ético, es decir, que ofrezca el mayor bienestar social; las políticas públicas como un mecanismo de acción que orienta y dirige hacia el logro de un bien común y el trabajo de los políticos como un quehacer ético fundamental por cuanto es responsable del destino de una sociedad que depende en gran medida de su actuación.

### **Acerca de la ética, la convivencia y el proyecto político.**

Los procesos de construcción de la socialización política y la experiencia del convivir, experimentan el retomar a la vida como eje central de su articulación. Sin más, la consolidación de cualquier proyecto político requiere sustentarse en la aceptación de la ética como praxis íntima, la expresión personal de valores compartidos, solamente asumidos como tales a través de la convivencia. Este “vivir juntos” va más allá de la simple

---

<sup>2</sup> Romero Díaz, Carmen Helena (2009). La prevención de riesgos laborales y el sentido social responsable desde la gerencia médico-asistencial. <http://es.scribd.com/doc/45059479/1247>

socialización, de la mera interacción entre individuos ubicados en un mismo entorno. El “vivir juntos” implica la trascendencia de lo individual y asentar la consideración del proceso político desde la interpretación de la persona, y partir de ella la proyección del aseguramiento de su vida en dignidad.

Tal como lo refiere Martín (2008:65) “La noción básica de la comunidad política, como forma exclusivamente humana de asociación, es la de la vida expresada como vida buena.” En consecuencia, el contenido de la propia comprensión de la vida buena requiere el retorno a la ética, a su aceptación como centro fundamental de la convivencia y fundamento que justifique y organice cualquier proyecto político.

Ahora bien, el proceso de “centrar” la acción y proyecto político en la ética exige el paso de lo meramente declarativo/propositivo al plano de la concreción, de las acciones reales y decididas que conviertan al “vivir solidario” como experiencia real que justifique al proyecto político. Lamentablemente, siguiendo con el planteamiento de Martín, América Latina –y Venezuela como parte de la región- se encuentra sumergida en un modelo de pseudo asociación, de pseudo proyecto centrado en la ética, denominado “Democracia de Supervivencia”, comprendida como “...representan una lejana caricatura de la vida democrática así como la supervivencia es un deformado remedo de la vida...” (2008:67). Democracia de supervivencia, caricatura de régimen político en el que el discurso de la dirigencia pretende la atención de la persona y su problemática, pero que su práctica se aleja de la ética a través de la generación de mecanismos perversos de consolidación de las élites poseedoras del poder político.

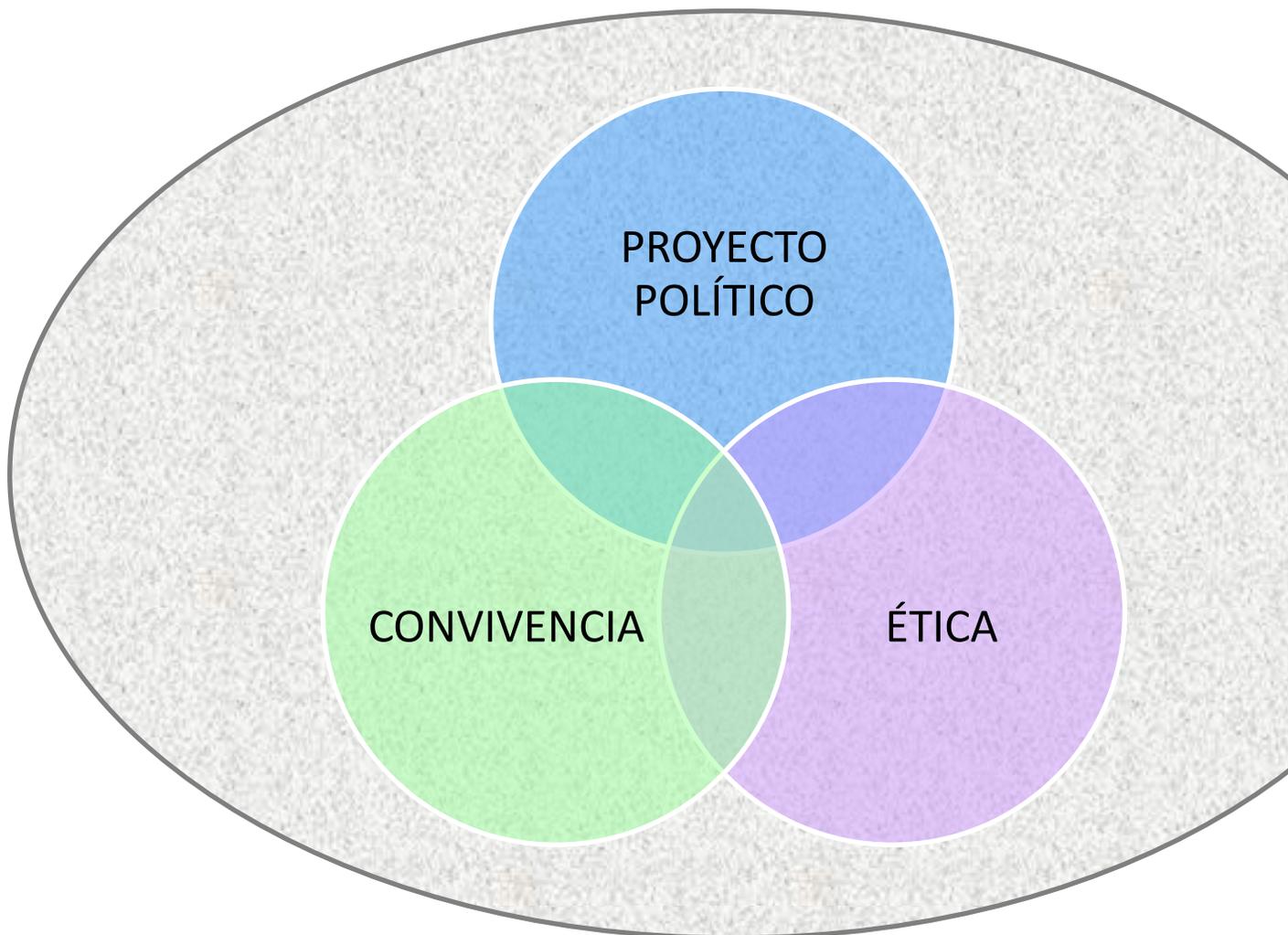
Estas élites hacen del populismo su propuesta pragmática, apoyada en una ética también de la supervivencia, una ética acomodaticia propia del relativismo moral, donde el populismo emerge como propuesta de acción político, degenerándose en el autoritarismo. Llegado a este punto, la democracia y ética de supervivencia suponen que la vía de excepción, la preservación y uso de la fuerza por medio de la coerción y la coacción, son los pivotes de cualquier proyecto político.

Evidentemente, la práctica de la democracia y ética de la supervivencia genera las condiciones de atraso, ignorancia y no competitividad que compartimos todos los países de la región. En América Latina el conocimiento se asume como la gran molestia de las élites gobernantes, se niega el sentido de libertad que implica la construcción y difusión del conocimiento, lo que lleva a que la educación sea asumida como responsabilidad de escuelas y maestros para enseñar un contenido desarticulado, y no sea aceptada como verdadera palanca del desarrollo.

El ejercicio del poder político en la democracia y ética de la supervivencia conduce a la frustración de la persona, ya que no está vinculada con el proyecto político, se siente extraña en el ámbito del territorio que comparte con otros y no se refleja en las acciones de los centros, grupos y actores de poder. En este contexto, una de las formas de romper con la práctica de la democracia y ética de la supervivencia, es la reconstrucción de las redes comunicacionales de la persona con el otro, lo que lleva a la recuperación de la convivencia de valores, fines e ideas comunes, con el firme propósito de reorientar el proyecto político a las necesidades, acciones y parecer de los verdaderos detentores de la soberanía. Martín es claro al señalar que “Se trata, en suma, de hacer posible, ampliar y consolidar las posibilidades de comunicación de la sociedad consigo misma.” (2008: 71). Y para esto hace

falta la congruencia de la ética en el modo de vida, a través de la convivencia y en el proyecto político, por medio de valores que siendo comunes en la ciudadanía, dan fe de su deseo de armonizar para garantizarse un futuro mejor no solo para sí, sino para futuras generaciones. (Ver Figura 1).

**Figura 1. Congruencia de la ética, la convivencia y el proyecto político.**



**Fuente: elaboración propia.**

#### **Referentes de la obra “Algo va mal” de Tony Judt.**

La preocupación de este escritor acerca de la forma errada en el modo de vida desde los años de 1980 y todavía el actual, con una tendencia egoísta asumida como normal, que desvela su desprecio a lo público y su admiración a los mercados no regulados en su búsqueda del enriquecimiento infinito, que abraza al colectivo como si fuese su único propósito considerable; ha hecho emerger una obra altamente estimable para hacer un llamado a la reflexión sobre estos acontecimientos, convirtiéndose en un gran aporte para

las generaciones comprometidas con el desarrollo progresivo y asertivo de los actos políticos de nuestra era.

Antes de su lamentablemente muerte, en su testamento<sup>3</sup> dedicado sobre todo a los jóvenes (“Algo va mal”), así como a sus hijos y a todos los estudiantes del mundo, ordena y analiza los factores que han producido los acontecimientos negativos y el consecuente estado de las cosas revelados en nuestra actualidad, resaltando que la falta de ideas que contrarresten la corriente dominante de *laissez faire* en las sociedades democráticas favorece el crecimiento del desorden de la lógica egoísta de los mercados.

Expone además, la defensa de la socialdemocracia como forma de gobierno que garantiza, o al menos lo intenta, un funcionamiento lo más justo posible de la sociedad y advierte acerca de que nada asegura que sigamos viviendo como ahora vivimos, de que “incluso las democracias liberales más sólidas pueden llegar a zozobrar”. De esta forma exhorta a “mirar críticamente nuestro mundo” y actuar en consecuencia.

Es posible apreciar que el fin de siglo XX y el comienzo del siglo XXI estuvieron marcados por el derrumbe de los grandes bloques políticos, económicos, sociales y militares desde los que se irradiaban las ideas, argumentos y propuestas que permitían la comprensión del mundo y su dinámica, que dominaron la escena global por casi 50 años.

Justamente, a principios del mes de noviembre de 1989 se derrumbaba el tristemente célebre Muro de Berlín, logrando no sólo su caída expresa, donde los ciudadanos de ambos lados del muro destrozaron la expresión en ladrillos y concreto de su separación por motivos ideológicos y políticos, sino que también significó el destrozo de una forma de comprender la vida, el mundo y la realidad. Algunos meses después, sin cumplir con la profecía apocalíptica que se auguraba de parte y parte, la Unión Soviética se extinguió y el modelo del llamado “socialismo real” terminó por demostrar su inviabilidad.

Con el derrumbe de una forma, estilo y comprensión de la vida del hombre desde la confrontación de bloques ideológicos y políticos, también se derrumbó su entramado moral y ético. Y este último es el que mayor significado arrastra sobre la humanidad. Judt (2010:17) es claro cuando indica que “Durante treinta años hemos hecho una virtud de la búsqueda del beneficio material: de hecho, esta búsqueda es todo lo que queda de nuestro sentido de un propósito colectivo”. Con la emergencia del beneficio material como pauta de relación entre los hombre y virtud ensalzada por buena parte de la sociedad, la vivencia en un conjunto de valores comunes como base de la existencia poco importa.

La necesidad por llegar a la “vida buena”, la vida en convivencia que apunte a la trascendencia y consolide proyectos políticos comunes, es rápidamente sustituida por la “buena vida”, es decir, por el afán de amasar y acumular lo suficiente para tener más, demostrarle a los otros que el recurso monetario es el nuevo dios a quien adorar y estructurar la vida social por lo que poseemos, y no por la necesidad de alcanzar la convivencia como expresión de la ética.

Este proceso de alejamiento de la ética y consolidación del materialismo como nueva virtud, no sólo es propia de la vinculación entre los miembros de la sociedad, sino que

---

<sup>3</sup> Ramoneda, Joseph (2010). El testamento político de Tony Judt. [http://elpais.com/diario/2010/10/23/babelia/1287792763\\_850215.html](http://elpais.com/diario/2010/10/23/babelia/1287792763_850215.html)

extiende su brazo hasta la propia cúspide el Estado. Para lamento de la comunidad política de la época que vivimos, el acceso legítimo a los centros e instituciones de poder político poco tiene que ver con la aplicación de un programa sustentado en una ideología, o generar soluciones consensuadas que repercuten en el mejoramiento de la calidad de vida del colectivo. Más bien, asumir cargos en los gobiernos se convierte en la oportunidad ideal para ejercer esta suerte de “neo-virtud”, alcanzar el beneficio material individual. Por ello, constituirse en un actor político práctico significa no sólo la natural lucha por el poder, sino demostrar y demostrarse a sí mismo que existe una verdadera brecha entre la “vida buena” y la “buena vida”, brecha sustentada –exclusivamente- en la ética.

A partir de las ideas presentadas hasta este punto, cabe preguntarse ¿Por qué ocurre esto? Más allá del lugar común del “fin de las utopías”, la emergencia de una nueva esperanza que no termina por nacer, lo que llevamos del siglo XXI nos pone en claro que como colectivo necesitamos nuevas esperanzas, nuevas ideas que motiven y activen nuestra actuación política, que nos ofrezcan la comprensión de una realidad futura mejor que la presente en la que podamos confiar.

Sobre este punto, Judt (2010:19) es tajante al señalar “...la nueva generación siente una honda preocupación por el mundo que va a heredar... esos temores van acompañados de sensación general de frustración: nosotros sabemos que algo está mal y muchas cosas que no nos gustan... [A diferencia de] la época del dogma radical...nosotros sabíamos cómo arreglar el mundo.” Época la nuestra en la que reconocemos con exactitud que algo no marcha bien, época en la que generamos verdaderos diagnósticos que demuestran con claridad las cosas que marchan y las que no, época que depende de una generación unida a las tecnologías de información y comunicación que espera darle un verdadero contenido ético a su momento y realidad.

A diferencia de los idealistas años 60, donde la cuestión no fue únicamente el problema, sino las soluciones a los problemas de la sociedad revestidas de un barniz ideológico y una escala de valores particular, el hoy día genera más ansiedad que seguridad. Esta aplastante carga de ansiedad proviene de la falta de un proceso de construcción de la identidad política propia, identidad que requiere de instituciones de poder, instituciones de presión y una responsable actitud militante que encare los problemas de la comunidad, donde los valores comunes y la ética de la “vida buena” sean el armazón que la sostenga.

Tal como señaló algunas líneas atrás, la “neo-virtud” del materialismo lleva al establecimiento del hedonismo y del individualismo, como la perversa amalgama del hombre con su realidad, lo que permite asumir que el regodearse en la vida privada, en expresiones tales “No me meto en política, porque si no trabajo, no como”, sirven de perfecta justificación para evitar el compromiso de la convivencia y el establecimiento de comunidades políticas que dejen atrás la mera supervivencia.

En este sentido, encerrarse en lo privado y negarse a lo público es una evidente expresión miedo, entendida por Judt (2010:23) como resultante de la inseguridad en los siguientes términos “La inseguridad engendra miedo. Y el miedo –miedo al cambio, a la decadencia, a los extraños y a un mundo ajeno- está corroyendo la confianza y la interdependencia en que se basan las sociedades civiles”. El miedo, expresado en inseguridad, lleva al hombre a colocarse de espaldas a su realidad, ya que la diversidad, la no uniformidad y la convergencia de distintos postulados, actores e ideas en un mismo contexto, son propias del

mundo globalizado, en el que las posturas extremas de izquierda o derecha, capitalismo neoliberal o socialismo estatizante poco aportan a la “vida buena”.

Entre otros aspectos, resulta interesante concluir con una reseña de Antonio Muñoz Molina, a propósito de su *elogio de la socialdemocracia*:

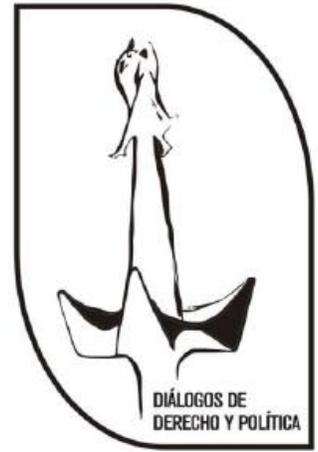
*"A Tony Judt, que no volverá a disfrutar de ellos, los trenes le parecen el símbolo más hermoso de lo que sólo puede existir gracias al esfuerzo de todos y está al servicio de cada uno; la clase de servicio que sólo puede ofrecer el Estado, y que cuando se privatiza cae en la ruina y en la ineficacia; lo que se ha mantenido prometedor y moderno durante casi dos siglos, gracias a la acumulación de esfuerzo y experiencia de generaciones sucesivas". El propio Judt señaló que "la socialdemocracia, de una u otra manera, es la prosa de la política contemporánea europea".*

...

*"Sólo la historia podrá ayudarnos a recordar en los años venideros por qué parecía tan importante erigir cierta Europa a partir de los crematorios de Auschwitz", escribió Judt al final de Posguerra. "La nueva Europa, unida por los signos y símbolos de su terrible pasado, constituye un éxito notable, pero estará siempre hipotecada con ese pasado. Para que los europeos conserven ese vínculo vital -para que el pasado del continente siga proporcionando al presente de Europa un contenido reprobatorio y un objetivo moral- habrá que enseñárselo de nuevo a cada generación. Puede que la Unión Europea sea una respuesta a la historia pero nunca podrá sustituirla".*

## BIBLIOGRAFÍA.

- Aranguren, José (2009). Ética. Editorial Biblioteca Nueva. Madrid, España.
- Goleman, Daniel (2006). Inteligencia Social. Editorial Planeta Mexicana, S.A. de C.V. México D.F.
- Goleman, Daniel (2009). Inteligencia ecológica. Ediciones B, S.A. de C.V. México, D.F.
- Judt, Tony (2010). Algo va mal. Ensayo-Filosofía, Editorial Taurus.
- Martin Fiorino Víctor (2008). Desafíos actuales de la ética aplicada. Primera edición. Graficolor C.A. Maracaibo. Venezuela.
- Muñoz Molina, Antonio. Un elogio de la socialdemocracia. Babelia- Ida y Vuelta, Diario El País, España (23/Octubre/2010).
- Romero, C. (2008). Gerencia empresarial desde una perspectiva ergonómica. ID-793. Sexto congreso internacional de prevención de Riesgos Laborales. La Coruña, Galicia. España.
- Romero Díaz, Carmen Helena (2009). La prevención de riesgos laborales y el sentido social responsable desde la gerencia médico-asistencial. ID-2497. VII Congreso Internacional de Prevención de Riesgos Laborales (ORP/2009). Santiago de Chile. Chile. Noviembre/2009. <http://es.scribd.com/doc/45059479/1247>
- Ramoneda, Josep (2010). El testamento político de Tony Judt. Babelia- Crítica: Pensamiento, Diario El País, España (23/Octubre/2010).
- Sotolongo, Pedro (2006). Teoría social y vida cotidiana: la sociedad como sistema dinámico complejo. Publicaciones Acuario. Ciudad de La Habana, Cuba.



---

**Una perorata sobre la objeción de conciencia.  
Observaciones de un escéptico.**

David Sierra Sorockinas

Abogado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.  
E-mail: [sierradavid@gmail.com](mailto:sierradavid@gmail.com)

## **Resumen.**

La visión del ‘derecho’ desde el postpositivismo y, consecuentemente, desde el ‘neoconstitucionalismo’ propenden por la garantía de ciertos derechos, incluso, algunos que van en contra de la obligatoriedad del ordenamiento jurídico por causas morales. La objeción de conciencia se encuentra dentro de la esfera de esos derechos en los que la moral y el derecho no parecen tener una clara división. La defensa y explicación de la objeción de conciencia a nivel teórico ha sido elaborada por la profesora Marina Gascón Abellán en un artículo académico, en el texto se pretende hacer una crítica a esta postura mostrando las falencias de la argumentación de la profesora española para justificar la aplicación de la figura en el moderno Estado Constitucional.

**Palabras clave:** Objeción de conciencia, postpositivismo, derechos fundamentales, Corte Constitucional, Marina Gascón Abellán.

## **Una perorata sobre la objeción de conciencia. Observaciones de un escéptico.**

Una visión, casi simplista, del ‘derecho’ evoca a un sistema social que, por medio de las normas jurídicas, imponen ciertos comportamientos, sancionando, limitando o permitiendo. Hablar, pues, de la objeción de conciencia en el lenguaje jurídico (una figura que permite, precisamente, salirse del derecho utilizando un sistema social diferente, como lo es la moral), parece, en principio, una tarea difícil de lograr, manteniendo, a lo sumo, una coherencia lógica en los argumentos.

La tarea, entonces, para alguien que se considera un no post-positivista<sup>4</sup> no es sencilla, porque se debe mantener las categorías jurídicas y principios de la interpretación que se elija sin caer en contradicciones. Por su parte, esta tarea ha sido asumida por varios teóricos del derecho postpositivistas y en no pocas sentencias de los altos tribunales constitucionales, incluso, la Corte Constitucional, como luego se deja entrever en el texto, con resultados alentadores... pero, no siempre muy sólidos.

Con el fin de demostrar esta dificultad, se propone un ‘diálogo’ -aunque la expresión sea muy pretenciosa- con el artículo de la profesora española Marina Gascón Abellán “El estatuto jurídico de la objeción de conciencia y los problemas que plantea”, en el cual se resume de buena forma la figura jurídica y, sobraría decirlo, es fuente doctrinal que ha servido como apoyo de las sentencias de la Corte Constitucional colombiana.

### **1. Un ‘diálogo’ implícito y pretencioso: lo que se entendió**

Ahora, este texto, como cualquier ‘diatriba’, parte del entendimiento del escritor, una vez logra razonar sobre las ideas que expone el ingenioso autor -contra quien manifiesta sus argumentos- y muchas veces falseando, desafortunadamente, la idea que éste expresa. En suma, una crítica siempre parte de un razonamiento limitado del texto que se analiza, pero, no por ello, pierde valor el ejercicio hermenéutico.

Hecha la advertencia, es necesario enunciar los puntos del texto de la profesora Marina Gascón Abellán sobre los cuales se hace un análisis en este ensayo. Lo primero que se debe referir -además advertir- es que la autora no hace explícito el concepto de conciencia, ni siquiera hace una alusión sobre alguna ‘doctrina’ -entendida como una de las formas que se habla sobre el derecho (García Amado, 1992)- o las sentencias del Tribunal Constitucional español, que desarrollen la temática; por tal motivo, no será una cuestión por abordar en este trabajo.

En la discusión del texto presentado por Gascón Abellán, empero, sí se diserta sobre el derecho a la objeción, categoría que resulta principal para la argumentación que se

---

<sup>4</sup> En algunos contextos, se ha denominado a los postpositivistas como antipositivistas, lo que tendería a la respuesta lógica que ‘doble negación’ es una afirmación, es decir, que el texto se construye desde una perspectiva positivista. Lo anterior, aunque no debe ser descartado, no es la intención, pues considerar al texto y quien lo escribe como positivista es un tanto ambicioso y excede, por mucho, los fines del mismo. Lo único, es hacer una crítica a una visión del derecho, la visión a la que muchos consideran preponderante a nivel teórico.

construye en todo su escrito. El contenido del derecho se entiende mejor, o al menos así se enuncia en el artículo, cuando se caracteriza al sujeto activo de este derecho; citando a la autora: “El objetor, por el contrario [del desobediente civil], es tan solo un individuo que solicita que no sea violentada su conciencia imponiéndole un deber legal incompatible con la misma; es decir, solo pretende *que se le exima del cumplimiento* del deber objetado (o de la sanción prevista para su incumplimiento, cuando ya se ha producido éste)” (Gascón Abellán, 2010, p. 144).

La objeción de conciencia se entiende como un ‘derecho subjetivo’, pues existe la postura ideológica, según la propia autora, de que en los modernos ordenamientos jurídicos “(...) un derecho de base democrática comprometido con la defensa de los derechos exige moralmente ser obedecido” (Gascón Abellán, 144), es decir, que hay un reconocimiento a la legitimidad de los ordenamientos jurídicos y al cumplimiento, por ende, de las normas que estos establecen. Así las cosas, se asume que se produce una colisión de derechos o principios constitucionales -en términos de Alexy (2003)-, pues siempre debe existir una potestad amparada jurídicamente.

Categorizado, como lo propone la autora, el derecho general a la objeción de conciencia, fundamentado en la libertad de conciencia<sup>5</sup>, es un derecho general de categoría fundamental, por regular una libertad individual, que no es absoluto. Lo anterior, implica, necesariamente, que, en todos los casos, debe ser ponderado -continuando con la propuesta argumentativa (¡cómo no!) de Robert Alexy-, con los otros derechos o principios que colisionan, cuando un individuo ha decidido que se le exima del cumplimiento del deber. En palabras textuales de la autora: “En suma, tener un derecho (general) a la objeción equivale a tener un derecho a que el conflicto sea tratado mediante una argumentación racional.” (Gascón Abellán, p. 152).

Lo precedente, está hilado con la crítica que se realiza respecto de la regulación, por parte del legislador, de las causales y condiciones que se deben tener cuando se pretenda implorar ante la autoridad la garantía del derecho, dado que los diferentes casos no podrían ser reconocidos por el legislador, menos aún, en los modernos Estados, en los cuales hay pluralidad de concepciones morales, aunque en algún apartado del texto también expresa las razones que se pueden tener para una defensa de la tesis ‘regulatoria’ (Cfr. Gascón Abellán, pp. 153 y 154).

La posición ‘regulatoria’ ha tenido mayor recibo en Colombia. Así lo han expresado algunos autores colombianos, en especial con la problemática de la prestación del servicio militar obligatorio (Cfr. Intervenciones de los profesores de la Universidad Eafit y los investigadores del Centro Dejusticia en la Sentencia C-728 de 2009) y la propuesta, formalizada, del Grupo de Interés Público<sup>6</sup> (G-DIP) de la Facultad de Derecho de la

---

<sup>5</sup>En el texto se argumenta sobre las relaciones entre la objeción de conciencia y el entendimiento de éste como una manifestación de la libertad de conciencia, amparado en las sentencias del Tribunal Constitucional. En Colombia, el caso no merece mayor análisis debido a que en la redacción del artículo 18 superior, se incluye la visión negativa del derecho, o lo que es lo mismo, el derecho a la objeción de conciencia está regulado de manera expresa en la Constitución.

<sup>6</sup> Se debe aclarar que ellos son los actores de la acción pública de inconstitucionalidad contra las disposiciones de la Ley 48 de 1993.

Universidad de los Andes de Bogotá en su libro “El derecho a la objeción de conciencia al servicio militar obligatorio: propuesta para su regulación en Colombia” (2011).

En conclusión, el texto se amalgama en lógica constitucionalista o neoconstitucionalista - calificativo más ‘familiar’, aunque, como afirma Aguiló (2007), incorrecto-, en la cual es necesario la protección jurídica última o máxima (los dos calificativos no son sinónimos, pero el primero, más en Colombia, parece no ser suficiente) sólo si es un derecho fundamental, los cuales, huelga decir, son un pilar del Estado Constitucional. Según se entiende, en el sentido que se viene hablando, los derechos fundamentales (la autora lo da por hecho) no son absolutos y tienen algunos límites intrínsecos o condiciones que deben establecerse para el disfrute de ese derecho. Ello será materia del siguiente apartado.

## **2. Un ‘diálogo’ implícito y pretensioso: lo que se critica.**

Ahora, la cuestión central de la crítica al texto es la propuesta teórica de la profesora española respecto a los motivos descalificadores de la objeción de conciencia, estos son: “*frívolos* (porque no haya (sic) seriedad alguna en el reproche moral planteado) o en todo caso clara y rotundamente *injustificables* (porque comporten un daño claramente injustificable para los bienes o derechos ajenos protegidos por la norma objetada)” (Gascón Abellán, p. 155), en otras palabras, se utilizan dos categorías que, a juicio de la escritora, resultan inhabilitantes para el ejercicio del derecho, sin siquiera realizar un juicio de ponderación.

Los argumentos para considerar una razón de objeción de conciencia, sin embargo, no son desarrollados a profundidad por Marina Gascón Abellán. De ello se ocupa indirectamente al explicar el ejemplo de la objeción de conciencia de los farmacéuticos españoles para vender la píldora postcoital (en Colombia se conoce coloquialmente como la ‘pastilla del día después’), más allá de lo narrado en el caso, no hay un fundamento a la exclusión sobre las razones ‘frívolas’ o ‘injustificadas’, recordando que la mayoría -por no decir todos- los postpositivistas tienen a defender en sus elucubraciones la racionalidad y razonabilidad.

Ahora bien, más que las razones, lo importante sería considerar qué hechos son considerados probatorios de que la objeción de conciencia está amparada en el ordenamiento jurídico o, por el contrario, son ‘frívolos’ o ‘injustificables’, ya que lo que se busca es una protección material del derecho en los estrados judiciales o administrativos.

Según lo expuesto en el texto analizado, para considerar un argumento *no* ‘frívolo’, debe existir ‘seriedad moral en el reproche’<sup>7</sup>. Sin embargo, ¿cómo se prueba que existe una ‘seriedad’ o que hay ausencia de ella cuando se hace un reproche? Según se ha entendido, aún no hay una tabla o clasificación de los reproches ‘serios’ y de aquellos que no lo son. Tampoco se puede pensar, por contera, que una regulación lo logre. Por ende, no se puede

---

<sup>7</sup> La Corte Constitucional colombiana es menos rigurosa cuando sostiene que la existencia de motivo avala el ejercicio del derecho a objetar, en palabras textuales, “No se trata, por tanto, de verificar si las convicciones que esgrime quien ejerce la objeción de conciencia son justas o injustas, acertadas o erróneas. En principio, la sola existencia de estos motivos podría justificar la objeción por motivos de conciencia” (Sentencia T-388 de 2009).

confundir la crítica con la defensa a la regulación de las causales, como parece proponer el G-DIP (2011).

Dejando el argumento así, no se haría más en demostrar la falta de rigurosidad y, quizás, de esta manera, se falsearía la idea de la autora; por lo tanto, haciendo un esfuerzo por justificar esa posición, se podría afirmar que los argumentos ‘serios’ deben estar amparados, obligatoriamente, en algún otro derecho o principio constitucional y con ello, el establecimiento de la relación de los hechos que permiten el desarrollo del derecho y la comprensión de cómo -si se impide u obliga cierta actuación del individuo por parte del Estado- se vulnera el derecho.

Siguiendo el ejemplo, muy utilizado -por cierto- del aborto, el objetor debe señalar que su derecho está amparado en la libertad de conciencia, en la libertad religiosa<sup>8</sup> y en el derecho a la vida (discutible, por demás, este último argumento), ya que su religión, en este caso hipotético y sólo para continuar con el ejemplo, la católica, le impide terminar conscientemente con cualquier vida, dado que para el sujeto la vida empieza desde la fecundación del óvulo, pues sólo Dios tiene esa facultad. En el ejemplo, resulta poco práctico que se siga escrutando por algún otro argumento, ya que los movimientos sociales que están en contra del aborto han contribuido a que se divulguen las razones que estos grupos exponen.

Resulta que la postura defendible desde una opinión ‘cómoda’ no requiere mayor explicación y, podría incluso decirse, que cualquier persona tiene el derecho a objetar una norma, siempre y cuando cumpla con el requisito mínimo argumentativo. Ello se concluye, con cierta facilidad, de la lectura del fallo de la Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-388 de 2009 (Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto), mediante la cual se hace un desarrollo ‘dogmático’ del asunto, pues se establecen los requisitos que tiene el derecho fundamental a la objeción de conciencia.

### **3. Un ‘diálogo’ implícito y pretensioso: un ejemplo ‘incómodo’. Continuación a lo que se critica.**

Ahora bien, cuando se elige un ejemplo, ‘políticamente incorrecto’ que promulga una moral poco ‘ortodoxa’, como la objeción de conciencia que puedan tener los satánicos para que no les apliquen las sanciones jurídicas (administrativas y, en algunos ordenamientos, punitivas<sup>9</sup>), cuando, realizando su rito, sacrifican gatos, la ‘regla’ argumentativa de la autora y, en la misma línea, de la Corte Constitucional colombiana y el Tribunal Constitucional español, resultan no ser tan justificables en el modelo constitucional o, al

---

<sup>8</sup>Se puede entender este derecho como: “Esta libertad religiosa es un derecho que tiene todo colombiano por el hecho de nacer y optará desde su crianza los fundamentos religiosos, morales y éticos que guiarán su vida en una sociedad en la que sus demás miembros pueden discernir u objetar sus creencias” (Sierra Sorockinas, 2009, p. 4).

<sup>9</sup>En Colombia el tema ha sido regulado por la Ley 84 de 1989 “Por la cual se adopta el Estatuto Nacional de Protección de los Animales y se crean unas contravenciones y se regula lo referente a su procedimiento y competencia”, especialmente, en el artículo 6, que regula las conductas que se consideran maltrato animal y el Capítulo IV que regula las sanciones. Mucho más gravosa resulta el Proyecto de Ley 089 de 2011 de la Cámara de Representantes, donde se consideran más conductas como reprochables o se agravan las sanciones.

menos, pareciesen ser más reticentes para asumir, abiertamente, esta protección de los derechos fundamentales.

Siguiendo la ‘regla’ entonces, los satánicos deben señalar cuáles son los derechos en los que están amparados para reprochar moralmente la sanción; la defensa sería, curiosamente, utilizar los mismos derechos liberales que ponen de fundamento los católicos para el caso del aborto; ellos son la libertad de conciencia y la libertad religiosa o de cultos (en el entendido de que no sea una religión, discusión que rebasa los objetivos del texto) sumado al principio de la diversidad cultural (artículo 7 de la Constitución Política de Colombia).

Según la información que se extrae de las noticias existe el rito, con mayor frecuencia el día 31 de octubre, de sacrificar gatos negros para invocar a Satán. Acorde con lo anterior, y advirtiendo sobre la imposibilidad de corroborar las razones según su culto, los satánicos argumentarían que, sin el sacrificio del gato, no es posible acercarse a la presencia de Satanás, al igual que un católico afirma que sin la santificación de las hostias no se está ‘comiendo’ el cuerpo de Cristo.

Por lo tanto, un argumento de esta índole, en un Estado de Derecho moderno, no sería ‘frívolo’, pues considerarlo así, sería desconocer, absolutamente, el derecho que tienen los satánicos a profesar su culto, siendo sancionados sólo por ello, yendo en contra de los lineamientos de orden democrático y pluralista. Resultaría *per se* un argumento no racional o razonable que se excluyan ciertas formas de cosmovisión, por extrañas que parezcan; además, los postpositivistas hacen el constante llamado a la defensa de los derechos fundamentales contra mayoritarios ¡qué mejor muestra que la defensa de la libertad de un satánico!

Empero, alguien, astutamente, podría argumentar que la sola cuestión de profesar el culto satánico, vulnera otros bienes jurídicos protegidos por el ordenamiento, en el caso específico, el derecho que se predica de los animales a no ser maltratados por las personas, y que la muerte de un animal no se debe permitir para realizar un rito religioso, además de vulnerar la moral y buenas costumbres que profesan por la vida<sup>10</sup>. Este tipo de argumentos, usualmente utilizado en contra de las prácticas satánicas, es fútil cuando se pone en consideración la autorización legal para las corridas de toros, incluso, cuando, por cuestiones de salud pública, se sacrifican los animales abandonados, entre los que se encuentran, también, los felinos domésticos.

En tal sentido, también resultaría que los argumentos de los satánicos no son “clara y rotundamente injustificables”; por el contrario, tienen igual fundamento y más, cuando se acude a una postura ‘neoconstitucional’, al manifestar que, el sacrificio por cuestiones de salud pública, sería menos razonable, pues el derecho que entra en colisión no tiene la categoría de fundamental, a menos que se considere que sujetos activos del derecho a la

---

<sup>10</sup> Al igual que dan razones como las de evolución hacia prácticas más humanas, señalando argumentos históricos, en los cuales, la mayoría de religiones, en especial las de tradición judeocristiana abandonarían la idea de sacrificar animales para honrar a su dios. Quizás la explicación y refutación de ello, se encuentra en el texto literario de Mika Waltari, en el cual el protagonista de la novela razona sobre los diferentes tipos religiosos y cómo unos resultan, ridículamente, distintos a los practicados por los egipcios, pero muy normales para otra comunidad; como, por citar un ejemplo, aquella de la isla de Creta y el sacrificio de las vírgenes en la caverna del dios taurino (Waltari, 1975).

vida, también a los animales no humanos (otra problemática compleja que, sobrepasa los contenidos de este ensayo y cuyo estudio podría suscitar otro tipo de análisis).

No se pretende aquí hacer una apología al sacrificio de los animales o incrustarse en una discusión bizantina -para los fines del escrito- si los animales tienen ‘derechos’ o no; lo que se pretende por el contrario, es aclarar que un argumento en tal sentido, si alguien lo hiciera, al menos en los ordenamientos constitucionales a los que la profesora Mariana Gascón hace referencia, no podría ser considerado ‘frívolo’ o ‘injustificable’ en términos usados por ella.

En este apartado, como se advierte, el derecho de objeción debe ser evaluado con respecto a otros valores jurídicos concebidos de manera general, es decir, aquí no se hace un juicio de ponderación, ya que no colisionan, en caso concreto, dos o más principios o derechos constitucionales, lo que busca, por ende, es que no haya una aplicación del derecho, empero, como se enunció, *primia facie*, no hay razones que impidan, al menos, exigirlo.

En efecto, las razones constitucionales no serían suficientes, a no ser que se asuma una moral pública de tradición judeocristiana que considera que el Demonio es algo ‘malo’ y, por ende, prohibido jurídicamente. Lo anterior, se contrapone con los argumentos de orden democrático y pluralistas que se propenden en un moderno Estado de Derecho. Si uno desarrolla un poco el argumento sobre el derecho a la libertad religiosa o de cultos, es posible concluir que un derecho fundamental de esa índole es para garantizar los valores de las personas que deben ser minoritarios, frente a una concepción general, o, en otras palabras, un límite a la mayoría.

Por mucho que los abogados o juristas postpositivistas, consecuentemente, pretendan construir argumentos a favor o en contra de los satánicos, no serían más que valoraciones, juicios de valor cargados de una moral individual. Por tanto, desafortunadamente, el razonamiento ‘dogmático’ del asunto, resulta poco aplicable, debido a que los principios, como las reglas, son “normas que regulan la conducta humana y que se utilizan para construir y fundamentar las decisiones jurisdiccionales” (Bernal Pulido, 2007, p. 570), siendo los primeros mandatos de optimización (Alexy, 2003; Bernal Pulido, 2007), que deben ser analizados bajo los criterios de racionalidad, proporcionalidad y razonabilidad, los cuales tienen unas limitaciones propias de la argumentación (Sierra Sorockinas, 2009).

Su aplicación, entonces, dependerá del criterio del operador jurídico, algo que resulta en contra de los argumentos moralistas, pues los comportamientos satánicos, para la gran mayoría de posturas éticas, resultan incorrectos. Así las cosas, la protección de un derecho basado en una moral, comúnmente reprochable, resulta inocuo, muy a pesar del -supuesto- principio democrático y pluralista y la defensa de los derechos fundamentales.

En suma, la construcción teórica de la profesora Marina Gascón Abellán termina siendo un argumento ‘teórico’ y ‘dogmático’ aceptable, en el entendido de que ampara posturas morales que no resultan incómodas para el común de los individuos o al menos que no sea ‘bizarro’ para la gran mayoría de la sociedad. En lo demás, es poco más que un fraude tranquilizador, un placebo para las minorías al creer que sus derechos están garantizados por el ordenamiento.

Aplicando lo que otrora recitaba aquel tango titulado Cambalache “No hay aplazao//ni escalafón//los inmorales//nos han igualao”, se diría, pues, de un operador jurídico que proteja la objeción de conciencia de los satánicos.

## BIBLIOGRAFÍA.

Aguiló Regla, J. (2007). “Positivismo y postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras”. *Doxa*. Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30. pp. 665-675.

Alexy, R. (2003). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Bernal Pulido, C. (2007). *Principio de proporcionalidad y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Gascón Abellán, M. (2010). “El estatuto jurídico de la objeción de conciencia y los problemas que plantea”. *Parlamento y Constitución*. 13. pp. 143-160.

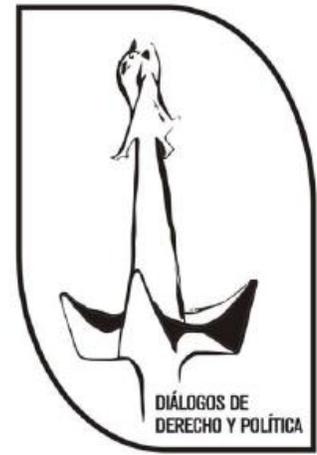
Grupo de de Derecho de Interés Público (G-DIP) (2011), *La objeción de conciencia al servicio militar obligatorio: propuesta para su regulación en Colombia*. Colección Textos Útiles. Serie Documentos de Trabajo. Documento de Trabajo # 2. Bogotá: Facultad de Derecho. Universidad de los Andes.

Sentencia T-388 de 2009. Corte Constitucional colombiana. Magistrado Ponente: Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-728 de 2009. Corte Constitucional colombiana. Magistrado Ponente: Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Sierra Sorockinas, D. (2009). Colisión de derechos fundamentales: una visión desde el derecho a la vida y el derecho a la libertad religiosa. *Diálogos de Derecho y Política*. 1 (1). Recuperado de:

1. <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/derypol/article/view/2116/1832>
2. Waltari, M. (1975). *Sinuhé el egipcio*. Barcelona: Plaza Janés.



---

**Esferas públicas: agendas mediáticas de  
inseguridad e injusticia.**

**Public areas: diaries of insecurity and injustice.**

---

**Cruz García Lirios**

Investigador y Profesor UAEM, campus Huehuetoca.

**Resumen.**

Los medios de comunicación son asumidos por el presente escrito como una pieza clave en el establecimiento de una agenda con fines democráticos, sin embargo, una revisión de las categorías de esferas, poder, libertad, seguridad y justicia parecen orientar la discusión a su inclusión como instrumentos del Estado para la gobernabilidad de la sociedad civil. En tal sentido, es menester analizar los escenarios posibles en los que los medios de comunicación establecen los temas que las esferas civil y política discutieran en torno al esclarecimiento de sus diferencias. Tal ejercicio de discusión permitirá anticipar los contextos en los que los cuatro actores: sociedad, mercado, Estado y medios, transitarán por tres ejes que van del poder a la libertad, de la seguridad a la inseguridad y de la justicia a la injusticia sustentada por dos planteamientos: liberal y comunitario.

**Palabras claves;** poder, libertad, seguridad, justicia y esfera.

**Abstract.**

The media are assumed by this letter as a key player in the establishment of an agenda for democratic purposes, however, a review of the categories of areas, power, freedom, security and justice seem to guide the discussion to its inclusion as State instruments for the governance of civil society. In this regard, it is necessary to analyze the possible scenarios in which the media provided the themes that civil and political spheres around the clarification discuss their differences. Such discussion exercise will anticipate the contexts in which the four actors, society, market, state and transit through three main means ranging from power to freedom, security to insecurity and injustice justice supported by two approaches: liberal and communitarian.

**Keywords;** power, freedom, security, justice and sphere

## **Esferas públicas: agendas mediáticas de inseguridad e injusticia. Public areas: diaries of insecurity and injustice.**

### **Introducción.**

Las relaciones entre las esferas públicas supone el análisis de ejes mediante los cuales transitan los individuos en referencia al Estado y al mercado. Principalmente, las esferas civil y política han sido trastocadas por los medios de comunicación y en el caso de la sociedad civil ésta ha sido confinada a un escenario de percepciones en los que las categorías de seguridad y justicia son transformadas en emociones relativas al enojo, el miedo y la zozobra. Tal proceso se gesta a partir de efectos mediáticos en los que se establece una agenda pública mediante encuadre y sus significados asociados.

En tal panorama, el presente escrito discute las relaciones que se construyen entre la esfera civil y la esfera política. Para tal propósito, se analiza la esfera mediática en referencia a las categorías de poder, libertad, seguridad y justicia. Una vez expuestas sus similitudes y diferencias se anticipan tres ejes para el análisis de los hechos y su cobertura mediática.

Sin embargo, cabe advertir que los ejes de discusión derivan de dos planteamientos: liberal y comunal. En el primero, las esferas públicas son consideradas como instrumentos de poder y libertad, en el segundo, las categorías de poder y libertad son asumidos como factores externos a la dinámica comunitaria, sus valores, creencias y tradiciones. En ambos ejes, liberal y comunal, las categorías de seguridad y justicia son transformadas en injusticia e inseguridad por un proceso perceptual en el que los medios de comunicación sesgan la información y difunden sentimientos, afectos y emociones relativas a la ciudadanía y las comunidades como víctimas de poder político.

En torno a la construcción de una esfera democrática y una agenda participativa, las esferas civil y política no sólo transitan por ejes liberales o comunales, sino además oscilan entre sentidos de poder, libertad, seguridad y justicia. Es por ello que el presente trabajo responde a una cuestión fundamental: ¿Cuáles son las relaciones entre las esferas públicas en un contexto en el que la libertad y el poder determinan la percepción de seguridad y justicia en comunidades e individuos?

A partir del supuesto según el cual las esferas públicas son entidades de representación, discusión y acción la construcción de la democracia se observaría en una esfera que además de compartir las características de las esferas públicas también facilita la construcción de una agenda pública, aunque está influida por los temas que los medios de comunicación sesgan al momento de establecer un encuadre de los hechos.

Cabe señalar que el presente documento no pretende realizar una revisión exhaustiva de los términos, más bien trata de relacionar las categorías a partir de ejes de discusión que pueden ser utilizados para anticipar cuando menos tres escenarios:

- En el primero las esferas públicas diseminan libertades, oportunidades, capacidades y responsabilidades a fin de construir una esfera pública antidemocrática en la que el poder del Estado diluye los conflictos que llevarán a la transformación de las esferas en entidades perceptuales desde las cuales los individuos se ubicarán en un

plano de libertad relativa ya que podrán expresar y discutir sus ideas en detrimento de su seguridad.

- En el segundo escenario los individuos se aproximan a construir una diversidad de esferas privadas desde las que el poder del Estado se ha reducido a su mínima expresión, pero los medios de comunicación han consolidado una agenda mediática que les permite definir los temas de discusión y transmutarlos en emociones, afectos y sentimientos más que razonamientos, planificaciones o deliberaciones.
- En el tercer escenario los medios de comunicación han sido confinados a meros instrumentos de poder del Estado quien se ha erigido como eje rector de discursos y acciones racionales y emocionales tanto de individuos como de esferas públicas. El poder ha supeditado a la libertad, la seguridad y la justicia a un segundo plano que le significa la emergencia de autoritarismos y totalitarismos deliberativos y por ende aceptados por los individuos y esferas para garantizar su resguardo de eventos de riesgo que atenten contra su existencia.

### **Esferas públicas: poder, libertad, seguridad y justicia.**

Las esferas públicas han sido desarrolladas como conceptos para explicar los procesos que suponen relaciones de poder, establecimiento de libertad, garantía de seguridad y consecución de justicia (véase tabla 1). A partir de un orden convencional, las esferas han sido clasificadas para identificar actores inmiscuidos en los fenómenos que los inscriben como objetos sociológicos. En virtud de que las esferas son observables y contrastables vale señalar que explican la articulación entre sociedad, Estado y mercado sin denostar la participación de los medios, éstos son confinados a la instrumentación de ideologías o propagandas que desde las esferas del poder se diseñan para restringir las libertades de la esfera civil.

Tabla 1. Esferas públicas

| <b>Año</b> | <b>Autor</b> | <b>Concepto</b> | <b>Definición</b>  | <b>Página</b> |
|------------|--------------|-----------------|--|---------------|
| 2001       | Angulo       | Militar         | “(…) posee una identidad claramente definida: se trata de un burócrata armado cuya función central es hacer la guerra. La posesión de las armas proporciona al militar una ventaja especial que explica porque las sociedades modernas ordenan, por la vía constitucional o legal, el sometimiento del factor militar al orden civil.”   | 137           |
| 2008       | Feenstra     | Comunitaria     | “(…) se caracteriza por caracterizar a la sociedad civil como el marco de la comunidad, en la cual las personas se vinculan primero desde las familias y asociaciones similares y más tarde en jerarquías sociales más amplias como las agrupaciones, los vecindarios, las comunidades. Se parte de la premisa según la cual la mayoría de las asociaciones humanas en lugar de elegirse vienen dadas, y defiende que las comunidades se consolidan por el paso del tiempo y la tradición. El ciudadano queda definido como miembro de un clan, el hombre comprometido ligado a la comunidad por medio del nacimiento. La esencia de este modelo | 52            |

---

|             |                   |             |  |          |
|-------------|-------------------|-------------|--|----------|
|             |                   |             | no es la participación sino la pertenencia.”   |          |
| <b>2008</b> | Feenstra          | Democrática | “(…) se caracteriza por situarse entre el dominio del gobierno y del mercado, uniendo explícitamente la sociedad civil con la ciudadanía, sin inspirarse en el liberalismo político ni en la comunidad de clanes, rechazando la radical oposición entre sectores privados y públicos y adoptando las virtudes de ambos sectores. La sociedad civil queda definida por sus comunidades cívicas abiertas e igualitarias que garantizan la participación política (…) adopta lo bueno del sector público, marco abierto y público. Junto con lo mejor del sector privado, su carácter voluntario y no coercitivo. Aunando así los principios de apertura, inclusión, igualitarismo, y no exclusión, convirtiendo a esta perspectiva en un espacio que actúa entre ambos sectores, el público y el privado como mediador.” | 53       |
| <b>2008</b> | Urteaga           | Civil       | “(…) puede identificarse con el actor de una protesta, una actividad innovadora, la apertura del sistema político enfrentado a un problema de representatividad o referirse a actores políticos, agentes económicos, asociaciones y centrales sindicales. (…) implica una vida pública que se desarrolla en plaza pública y se diferencia de la sociedad doméstica que engloba a todo lo que se refiere a la reproducción de la vida, (…) supone un orden, una contractualización de las relaciones sociales y unos convenios entre individuos sabiendo que algunos asociarán posteriormente la sociedad civil con a la idea de contrato social libremente consentido por las personas (…) supone un vínculo entre el nivel de civilización de una sociedad y su nivel de organización política.”                      | 156, 157 |
| <b>2008</b> | Feenstra          | Liberal     | “(…) parte de la distinción entre dos sectores: el público y el privado. El primero de ellos, vinculado al dominio de la política, representa el campo en el cual votamos, pagamos impuestos, libramos guerras, mientras que en el ámbito privado, es el lugar donde se lleva a cabo todo lo demás, jugar, dormir, reproducirse, aprender. El primero, público, responde al dominio del Estado, mientras que el segundo, privado, es un ámbito visto con más simpatía, considerado como un nosotros e identificado con la sociedad. Lo público está marcado por el poder, mientras que lo privado representa una libertad ligada al mercado. Ambos espacios responden a un juego de suma cero, por lo cual el aumento de uno es a costa del otro, a más poder, menos libertad, a más libertad, menos poder.”           | 52       |
| <b>2010</b> | Sampedro y Resina | Periférica  | “(…) compuesta por distintos colectivos y comunidades de la sociedad civil, ofrecerían incentivos a la participación, de forma que contrarrestaría las exclusiones provocadas en la central.”  | 9        |
| <b>2010</b> | Sampedro y Resina | Central     | “(…) con tendencia al consenso y a consentir el poder asentado, estaría hoy formada por las instituciones políticas, las   | 9        |

---

---

|             |           |           |   |                          |
|-------------|-----------|-----------|---|--------------------------|
|             |           |           | informativas y las demoscópicas; contaría con más recursos que ninguna y se caracterizaría por estar poco abierta a la participación directa.”  |                          |
| <b>2010</b> | Villaroel | Civil     | “(…) esfera asociativa libre y autónoma, accesible a todos los sectores e individuos, que opera en forma independiente, respecto del Estado y de las fuerzas económicas de una sociedad. (….) esfera constructiva de la vida asociativa con funciones de contrapeso entre el Estado y el mercado, de la promoción de la educación política y de la participación ciudadana, y de contraloría respecto al espacio y de las políticas públicas (….) un conjunto de prácticas orientadas a: lograr influencia en las políticas públicas, propiciar cambios en la cultura cívica y las instituciones, así como capacitar individuos y comunidades para la participación y para la acción efectiva en el espacio público. (….) esfera constructiva, alternativa, y dinámica que acoge iniciativas cívicas y políticas, y ofrece como un modelo de integración social y de vida asociativa. (….) presupone la reintroducción del individuo como sujeto de la democracia, es decir, la persona con pertenencia y responsabilidad respecto a sus posiciones y sus acciones políticas (….) una dimensión esencialmente dinámica de la sociedad que, por su propia naturaleza, es sensible a los cambios, los alienta o propone producirlos.” | 718,<br>719,<br>720, 730 |
| <b>2011</b> | Rodríguez | Económica | “(…) mecanismo adecuado para la organización de las relaciones sociales de producción. En particular, la organización y protección del mercado para promover las relaciones mercantiles y el comercio de bienes.”   | 148                      |
| <b>2011</b> | Rodríguez | Política  | “(…) permite promover la separación entre la dimensión pública y privada de la vida social. (….) se desarrolla mediante la creación del Estado Nación como ámbito del ejercicio de la soberanía y del poder comunitario. (….) se constituye como el mecanismo de protección del interés general.”   | 148                      |

---

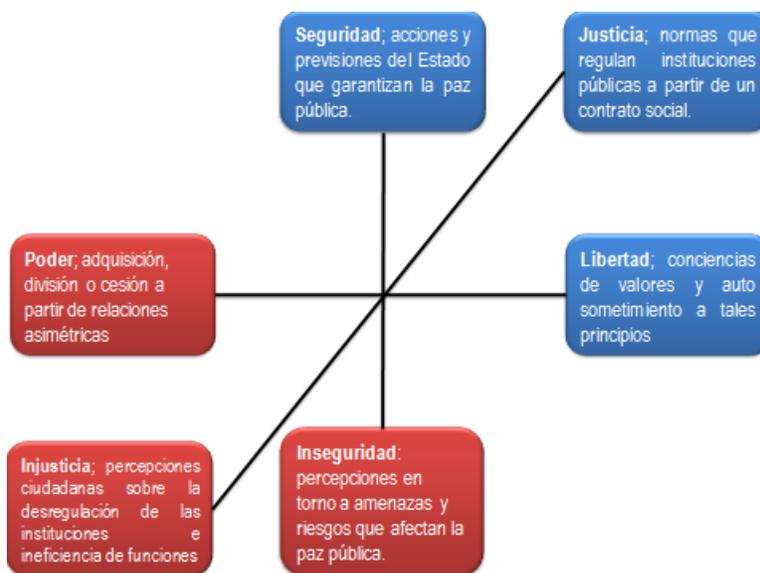
Las esferas públicas suponen un conglomerado de matices sociales respecto a los cuales la ciudadanía, el Estado y el mercado se acoplan a un sistema de símbolos, significados y sentidos orientados hacia la obtención de libertades para generar oportunidades, desarrollo de capacidades y establecer responsabilidades (Villaroel, 2010: 733). En contraste, las esferas militares asumen a la sociedad como una entidad homogénea a la que están supeditadas ya no por el control civil, sino por el control de armas que pueden ser utilizadas como instrumentos de suspensión de derechos y eventual inestabilidad política (Angulo, 2011: 137). Es decir, la sociedad civil en tanto esfera de inclusión de los individuos, asume que el orden pretoriano es un instrumento de control de sí misma, empero considera a las esferas políticas y económicas como exógenas a su devenir participativo y democrático. En la esfera política, según reza la definición de esfera civil, se dirimen las diferencias entre los ámbitos público y privado ya que el Estado en materia de seguridad está llamado a ser

un vigilante oportuno de las libertades y capacidades de gestión de los derechos civiles. No obstante, en el caso de la esfera económica, la sociedad civil delega a las instituciones financieras sus decisiones de inversión y consumo puesto que el mercado es considerado como un escenario de ofertas y demandas en el que la ciudadanía sólo tiene el derecho a la libertad de elección y no decisión (Rodríguez, 2011: 148). En su esencia contractualista, Estado y sociedad civil acordaron supeditar a los individuos a un marco de derechos políticos en los que la democracia parece emerger como el resultado de cláusulas, es decir, el individuo delega a la sociedad en primera instancia y al Estado en segundo orden, su libertad.

La noción de esfera civil encuentra sentido en los más variados fenómenos en los que la sociedad, reducida a individuo, se confronta con el Estado, aunque ello implique la coexistencia de ambas esferas: civil y política en clara alusión al mercado (Urteaga, 2008: 156-157). Esto es que los valores y acciones no están enlazados por decisiones planificadas, sino más bien por estructuras de poder que atraviesan las esferas públicas y las desmarcan de sus esencias tales como inclusión, discusión y construcción. El mercado es también una esfera que subyace de la esfera política y la esfera civil para resguardar los símbolos de las relaciones de producción. En efecto, las esferas públicas subordinadas a la esfera económica encuentran acomodo en los supuestos que las develan: poder, libertad, seguridad y justicia.

Poder y libertad son esenciales para la identificación de las esferas públicas, pero los términos de seguridad y justicia sirven para discernir sus alcances y límites en lo que al establecimiento de agenda se refiere (véase figura 1).

Figura 1. Ejes de las esferas públicas



Se trata de tres ejes en los que las esferas transitan y desencuentran para configurarse en públicas. En el primero de los ejes, el poder y la libertad, en el segundo la seguridad e inseguridad y en el tercero la justicia e injusticia.

- En el primero de los ejes: poder y libertad inhiben la movilidad de la esfera civil en referencia a la esfera política ya que el Estado en su apertura al resguardo de lo privado con interés público, restringe las libertades, pero la esfera civil en su diversidad de expresión encuentra en la libertad de elección un contrapeso a la incidencia del Estado en su privacidad (Ávila y Ávila, 2012: 375). Una vez establecidas las oportunidades a partir de las libertades, la esfera civil desarrolla capacidades y establece responsabilidades como partes fundamentales de su proceso de desarrollo (Garzón, 2009: 144).
- En el segundo de los ejes: seguridad e inseguridad son conceptos que ejemplifican las distancias entre las esferas civil y política ya que mientras la sociedad especula que la inseguridad es la manifestación más acabada de las instituciones que restringen las libertades, la clase gobernante sostiene que su función primordial es resguardar los intereses públicos, aún a pesar de que los sistemas de vigilancia son cada vez costeados más por particulares (Añez, Rujano y Párraga, 2011: 12).
- En el tercero de los ejes: justicia e injusticia representan los intereses públicos sobre los que se plasman sus opciones de privacidad que, más allá de las relaciones entre Estado, sociedad y mercado, las esferas públicas son exhibidas como escenarios en los que es posible la emergencia de procedimientos que permiten o inhiben el reconocimiento y la sanción como medidas de regulación de las relaciones entre individuos (Mejía, 2011: 144).

En síntesis, las esferas públicas se construyeron a partir de tres ejes de poder-libertad, seguridad-inseguridad y justicia-injusticia desde los cuales las esferas se han desarrollado discursivamente, en tanto cúmulos de pensamiento, sociedad, Estado y mercado han dirimido sus diferencias con base en el establecimiento de agendas a través de los medios de comunicación.

Sin embargo, en el proceso de conversión de las esferas civil, política, económica, comunitaria en públicas, los medios de comunicación han privilegiado el establecimiento de temas que por su asociación con hechos de seguridad construyeron una representación del poder opuesto al de la libertad y en consecuencia el eje justicia-injusticia se posicionó como un pilar en la construcción de una agenda democrática. En tal coyuntura, la esfera mediática filtro sus temas en la discusión civil para sustentar la transformación de la esfera política en un ámbito de poder en el que la seguridad y la justicia fueron temas diametralmente opuestos a la libertad.

Las esferas públicas, en sus dimensiones económica y pública, comunitaria y liberal, central y periférica articulan una esfera democrática orientada por sistemas de poder, libertad, seguridad y justicia, pero que al desplazarse hacia los ejes perceptuales inherentes a la sociedad civil son transformados en inseguridad e injusticia (Feenstra, 2008: 52). En tal panorama, la relación entre Estado, sociedad y mercado parece estar en disonancia con el supuesto liberal según el cual las esferas civil y política son promotoras de la esfera económica en la que la expresividad de los individuos alcanza su máximo esplendor. Lo público y lo privado, según reza la ideología liberal, están embonados por valores, creencias y acciones en los que el individuo se constituye como un ciudadano y el Estado formaliza sus sistemas de seguridad en sintonía con la libertad de elección. En contraste, en el eje que corresponde a lo comunal, las esferas civiles suponen el perfeccionamiento de los sistemas tribales en los que el sentido de pertenencia empata con el seguimiento de

principios que pueden ser colectivos, grupales e individuales, pero que rigen las decisiones y acciones de cada participante comunitario. En ambos ejes, liberal y comunal, la seguridad es percibida cuando el Estado ejerce su poder coercitivo y subyace la percepción de injusticia. Sin embargo, a diferencia del eje liberal, el eje comunal considera que la injusticia es ancestral y no emergente como lo asume la sociedad civil liberal (Sampedro y Resina, 2010: 9).

## **Discusión.**

Son los medios de comunicación quienes promueven las percepciones de inseguridad e injusticia en las esferas liberal y comunal para incidir en la esfera política a través de tres efectos: agenda, encuadre e intensidad.

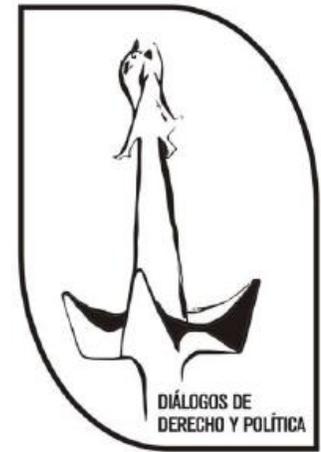
- El efecto agenda supone que las esferas públicas están expuestas a la circulación de información relativa a temas que los medios de comunicación difunden según sus intereses no en el sentido de sus niveles de audiencia o expectación, sino en el sentido de la asociación entre la esfera mediática y la política cuya intención es gobernar a las demás esferas a partir de influir en la opinión ciudadana, empero tal efecto es efímero ya que los temas de ayer hoy han sido olvidados por las audiencias.
- El efecto encuadre, según reza la teoría de los marcos, es el resultado de las campañas publicitarias que se construyen a partir de sesgos informativos en los que el Estado es presentado como el eje rector de la vida pública como privada y de acuerdo con su accionar es expuesto como la causa de los niveles de seguridad y justicia. Se divide en encuadre de verosimilitud para distender los desencuentros al interior de la esfera civil en torno a seguridad e injusticia. Los medios de comunicación exponen información que las audiencias contrastarán con sus experiencias y ajustarán éstas últimas a los encuadres mediáticos de los hechos. En el caso del encuadre de verificabilidad, las esferas civil y política están a expensas de datos que justifiquen sus decisiones y acciones. En este sentido, los medios de comunicación presentan aquella información que servirá para deslindar responsabilidades. Por su grado de complejidad, el efecto de encuadre es el de mayor duración en cuanto a construcción y establecimiento de sesgos informativos en la opinión ciudadana.
- El efecto de intensidad es más efímero ya que consiste en una serie de imágenes que impactan la percepción ciudadana de los hechos de seguridad los cuales transforma en riesgos y amenazas así como de los hechos de justicia las cuales codifica como acciones impúdicas del Estado. Se trata de un efecto que con suma precisión divide la percepción ciudadana en imágenes y discursos para después orientar decisiones a partir de los símbolos más próximos a sus representaciones de poder, libertad, seguridad y justicia. De este modo, los significados de inseguridad e injusticia se asocian al del poder, el cual ya no es percibido como un instrumento de gobernabilidad, sino como un mecanismo de control y manipulación del Estado para con el individuo.

En resumen, las esferas públicas están expuestas a la influencia de los medios de comunicación hasta un grado tal que la construcción de una agenda democrática está

permeada por conceptos tales como inseguridad e injusticia las cuales son el resultado de tres efectos: agenda, encuadre e intensidad. En tal escenario, la categoría de poder es asociada con las percepciones de inseguridad e injusticia mientras que la categoría de libertad es disociada de la seguridad y justicia en el eje liberal por el que transitan las esferas públicas. Por el contrario, en el eje comunal las esferas públicas son construidas desde la pertenencia, el compromiso y la confianza ancestrales que suponen la permanencia de sentidos próximos al poder, libertad, seguridad y justicia, pero que no terminan de sustituir a los valores, normas, usos y costumbres que al interior de una comunidad se gestan.

## BIBLIOGRAFÍA.

- Angulo, Alfredo. (2001). Civiles, militares y política en Venezuela. *Fermentum Revista Venezolana de Sociología y Antropología*, 11, 115-142
- Añes, María., Rujano, Raima y Párraga, Jesús. (2011). Seguridad ciudadana y acceso a la justicia. *Cuestiones Jurídicas*, 5, 11-19
- Ávila, Francisco y Ávila, Claudia. (2012). El poder: de Maquiavelo a Foucault. *Revista de Ciencias Sociales*, 18, 367-380
- Feenstra, Ramón. (2008). Diferentes concepciones de la sociedad civil: la problemática de un concepto. *Revista de Pensamiento y Análisis*, 8, 47-66
- Garzón, Iván. (2009). Del individuo aislado a la comunidad cohesionada. Los límites de la libertad en Rawls y Aron. *Civilizar*, 17, 137-150
- Mejía, Andrea. (2011). Rawls de la justicia al derecho como sujeto político. *Ideas y Valores*, 147, 143-152
- Rodríguez, Eduardo. (2011). La ciudadanía: ¿ni derecho natural, ni político? *Revista Republicana*, 11, 137-153
- Sampedro, Víctor y Resina, Jorge. (2010). Opinión pública y democracia deliberativa. Una actualización en el contexto digital de la sociedad red. *Ponto e Vargula*, 8, 1-22
- Urteaga, Eguzky. (2008). La sociedad civil en cuestión. *Barataria*, 9, 155-188
- Villaroel, Gladys. (2010). Representación social de la sociedad civil en una muestra venezolana. *Espacio Abierto*, 19, 715-736



## ¿Qué dijo John Locke sobre la propiedad?

### **Reinaldo Rodríguez Aguilar**

Abogado cubano. Master en Ciencias Políticas de la Universidad de La Habana y docente universitario de la misma institución. [megatrom2009@gmail.com](mailto:megatrom2009@gmail.com).

## **Resumen.**

Se aborda de modo general el tratamiento ambivalente que da el pensador inglés a la propiedad, utilizando la misma a veces con carácter sistémico o totalizador, permitiendo esto una interpretación que sirva de base a una posible teoría de los derechos humanos y en otros momentos, con un marcado carácter individualista o patrimonialista. Para realizar este trabajo se utiliza su obra política de mayor trascendencia, el Segundo **ensayo sobre el gobierno civil**.

**Palabras Clave:** John Locke, derecho natural, derechos humanos, derecho de propiedad.

## ¿Qué dijo John Locke sobre la propiedad?

### Introducción.

Uno de los libros políticos que ha tenido indiscutiblemente mayor trascendencia en el devenir humano han sido los **Dos tratados sobre el gobierno civil**, de John Locke. Su valor y permanencia se deben, en mi criterio, no solo a lo novedoso en el tratamiento de nuevas categorías, como la obligación política, basada en el consenso, sino además al peculiar proceso que fue la revolución inglesa, que la mayoría de los historiadores ingleses enmarca entre los años 1640-1688(89) **(1)**. El primero de los tratados estaba dirigido a refutar a Sir Robert Filmer, entusiasta defensor del poder monárquico basado en los preceptos bíblicos y por ende, el origen divino del mismo; el segundo, se centraba en el modo de organizar el poder político a raíz de los cambios necesitados por la estructura estatal inglesa y tenían su base en el pensamiento whig que preconizaba un Estado dirigido a fortalecer el desarrollo del capitalismo en Inglaterra y permitir el desarrollo del comercio exterior.

Es en este **Segundo tratado**, donde Locke va a dedicar un capítulo, por demás, extenso, al tema de la propiedad **(2)**. Uno de los aspectos más controversiales de su pensamiento es precisamente el tratamiento que da a la misma. Es perfectamente lógico reconocer que en una sociedad donde se estaba produciendo una revolución en todos los ámbitos y donde existían fuertes pugnas entre los diferentes grupos sociales por lograr la hegemonía, tratar el tema de los derechos fuese complejo. Por otra parte, Locke siempre estuvo, de un modo u otro cerca de las esferas de poder en Inglaterra y de importantes círculos intelectuales, por lo que tenía un alto nivel de información para su época de lo que se pensaba y las ideas predominantes en su país y Europa a fines del siglo XVII. Ejemplos de esto que afirmamos hay varios. Podría citarse su nombramiento para formar parte de una delegación ante el Elector de Brandeburgo, su amistad con Lord Ashley, quien ocupó durante un tiempo el cargo de primer ministro y finalmente, el haber viajado de regreso a Inglaterra, en el mismo barco donde venía la futura reina inglesa en 1688, durante la “revolución gloriosa”. Conocía además, sin duda, los pensadores y científicos más renombrados de su país e incluso, algunos extranjeros, derivado esto último del tiempo que vivió en Francia y Holanda como emigrado **(3)**.

En realidad, Locke en el **Segundo ensayo sobre el gobierno civil**, dedica todo un capítulo a analizar el tema de la propiedad. Sin embargo, al no utilizar de modo especial un control de términos que homogenicen los significados de las palabras, usa propiedad en sentido indiscriminado, haciendo con esto más difícil interpretar lo que quiso decir. No sería errado especular que este escribir complicado sea una resultante del momento histórico que le toca vivir, en que existían muchas ideas sobre el mismo tema en debate y generalmente aquellos que se atrevían a teorizar sobre las mismas pagaban con su vida o, al menos, el exilio o la prisión, el propagarlas. No debe olvidarse que este libro se publica de modo anónimo, a pesar de que sus ideas esenciales iban dirigidas a respaldar el establecimiento del régimen de la soberanía parlamentaria en Inglaterra.

## Desarrollo.

Los estudios que Locke realiza respecto al tema de la propiedad tienen una sencillez engañosa. Cuando la estudia de modo detenido nos va explicando de forma elemental cómo se adquiere la misma y se le puede entender perfectamente. Pero al hacer un balance general del libro es cuando se nos revela el carácter dicotómico de su uso. En uno de los epígrafes define la propiedad como “vida, libertad y bienes”. En otro la define como “vida, libertad y tierras”. Mientras que cuando dedica un capítulo entero de su trabajo, al que nos referimos posteriormente, (capítulo V: De la propiedad), a tratar el tema está analizando en realidad a los bienes propiamente dichos y al modo de adquirir los mismos. Al no hacer estudio particular de las otras partes en que descompone este concepto de propiedad, como la vida y la libertad, puede interpretarse (como se ha hecho frecuentemente y en especial, en los Estados Unidos) que este es el derecho central y fundamental, dentro de un sistema de derechos, sin reconocer que el mismo lleva un fuerte componente económico, más que jurídico o político. Todo esto, más los estudios que no realizó sobre temas como el derecho natural, algo bastante superficialmente tratado en los trabajos de los pensadores ingleses, complejiza extraordinariamente cualquier análisis que se haga de su obra.

Para poder caracterizar de un modo más sencillo lo antes explicado y hacerlo asequible, trataremos de analizar el concepto de propiedad teniendo en cuenta el carácter dicotómico que su autor le concede. Analizaremos, por tanto, la propiedad en un sentido sistémico o totalizador cuando la misma es usada para englobar un grupo de derechos. La otra forma en que Locke la utiliza es cuando define a la misma con un marcado carácter individualista, patrimonialista. En este caso no contiene otros derechos, solamente se hace equivalente a un bien, a algo que puede ser poseído.

### 2.1-Análisis de la propiedad en sentido sistémico.

Cuando Locke se refiere a la propiedad con un sentido sistémico, generalmente se está refiriendo a la vida, libertad y bienes. Ejemplo de lo anterior lo tenemos en el capítulo VII “De la sociedad política o civil”, especialmente en el epígrafe 87, donde nos plantea textualmente: *“El hombre según hemos demostrado ya nace con un título a la perfecta libertad y al disfrute ilimitado de todos los derechos y privilegios de la ley natural. Tiene, pues, por naturaleza, al igual que cualquier otro hombre o de cualquier número de hombres que haya en el mundo, no solo el poder de defender su propiedad, es decir, su vida, su libertad y sus bienes contra los atropellos de los demás...”* (4). Este es quizás el momento en que plantea de modo más específico el carácter totalizador de este concepto, aunque lo utiliza de modo igual en otros epígrafes de su libro, a saber: en las páginas 152, (capítulo 11: Del alcance el poder legislativo); p.187, (capítulo 15: De los poderes paternal, político y despótico, considerados en conjunto); p.232-233, (capítulo 19: De la disolución del gobierno).

Hay referencias similares en otras partes del texto. (5). Nótese que en los análisis previos hay uso de varios términos de modo no diferenciado para denominar a la propiedad, entre otros: bienes, tierras, propiedades. En otro caso, hace equivaler bienes y propiedades. Es precisamente el uso indiscriminado de las palabras, sin atribuirle un significado concreto, lo que provoca la confusión respecto a las ideas que trata de explicar en su trabajo. Si consideramos que esta definición de propiedad, puede de modo global abarcar la vida, libertad y bienes, hay aquí de un modo incipiente elementos que tributan a una posible

teoría de los derechos humanos (6), aun cuando el desarrollo de estos en Inglaterra, marcha unido a las ideas emergentes de la burguesía y una rígida tradición feudal, resistente a los cambios. Los ingleses, lejos de reconocer, como lo harían posteriormente otros Estados al calor de las revoluciones burguesas (7), los derechos del pueblo, limitan el poder estatal, especialmente el poder de los monarcas y transfieren el peso fundamental en la toma de decisiones políticas, a un órgano colegiado y parcialmente electivo: el Parlamento. En esto juega un papel muy importante la yuxtaposición que realizan, al combinar soluciones jurídico-políticas imprescindibles para el desarrollo y expansión del capitalismo inglés con los elementos tradicionales del feudalismo, aspectos que van a permanecer enquistados en el desarrollo posterior de ese país y que llegan, incluso, hasta la contemporaneidad.

## 2.2 Análisis de la propiedad en sentido individualista.

Otro aspecto que requiere un estudio detallado o minucioso. En esto está imbricado de modo directo algo que no debemos desconocer: Locke toma como base para explicar el modo de apropiarse de las cosas el trabajo o la energía que el hombre emplea para mejorar o cambiar algo. Por tanto, para poder explicar esto primero debemos conocer qué nos plantea sobre el modo de adquirir algo en propiedad, a lo cual dedica el extenso capítulo V de su obra, que en la edición por mí utilizada tiene 21 páginas. La esencia de su teoría se presenta en los epígrafes 25, 26 y 27, donde explica de modo general partiendo de la Biblia, algo recurrente en los pensadores de la época, que: &25, *"Dios, que dio la tierra en común a los hombres...la tierra y todo lo que ella contiene, se le dio al hombre para el sustento y bienestar suyo...y nadie tiene originalmente un dominio particular en ninguno de ellos con exclusión de lo demás hombres ya que se encuentran de ese modo en su estado natural..."* (8); &26, *"Aunque la tierra y todas las criaturas inferiores sirven en común a todos los hombres, no es menos cierto que cada hombre tiene la propiedad de su propia persona. Nadie, fuera de él mismo, tiene derecho alguno sobre ella. Podemos también afirmar que el esfuerzo de su cuerpo y la obra de sus manos son también auténticamente suyos. Por eso, siempre que alguien saca alguna cosa del estado en que la naturaleza lo produjo y lo dejó, ha puesto en esa cosa algo de su esfuerzo, le ha agregado algo que es propio suyo, y, por ello, la ha convertido en propiedad suya. Habiendo sido él quien la ha apartado de la condición común en que la naturaleza colocó esa cosa, ha agregado a ésta mediante su esfuerzo, algo que excluye de ella el derecho común de los demás..."* (9); finalmente, en el &27, *"No cabe duda de que quien se sustenta de las bellotas que recogió al pie de una encina, o de las manzanas arrancadas de los árboles del bosque, se las ha apropiado para sí mismo. Nadie pondrá en duda que ese alimento le pertenece...El trabajo puso un sello que lo diferenció del común. El trabajo agregó a esos productos algo más de lo que había puesto la naturaleza...El trabajo que me pertenecía, es decir, el sacarlos del estado común en que se encontraban, dejó marcada en ellos mi propiedad"* (10). Todo lo anterior podemos resumirlo diciendo que la persona adquiere la propiedad mediante el trabajo que le dedica a algo para sacarlo de su estado natural. Entre las diversas citas que realiza en este sentido, podemos ver en las referencias bibliográficas un grupo de ellas (11).

Más su análisis del término propiedad con un marcado sentido individualista o patrimonialista es aún más profundo. En los epígrafes 138 al 140 de su libro lo refiere incluso en situaciones extremas. En el epígrafe 138 va a continuar el análisis de los posibles

poderes que detenta el poder legislativo y en lo que respecta a la propiedad plantea: “*En tercer lugar, el poder supremo no puede arrebatar ninguna parte de sus propiedades a un hombre sin el consentimiento de éste*” (12). Añadiendo después, para dar sentido al término, frases como las siguientes: “*Siendo la salvaguarda de la propiedad la finalidad del gobierno...se presupone y se requiere que esos hombres puedan poseer*” (13). Además: “*Por consiguiente, si los hombres...pueden tener propiedades... hará que nadie lo tenga a arrebatárselos, en su totalidad o en parte, sin su consentimiento*” (14). Y también: “*Por eso es un error pensar que el poder supremo o legislativo de una comunidad política puede hacer lo que le place, disponer arbitrariamente de los bienes de sus súbditos o que puede arrebatarles una parte de los mismos si le place...no existe en modo alguno seguridad para las propiedades de una persona, a pesar de que existan leyes buenas y justas que establecen entre los distintos súbditos los límites de sus propiedades respectivas, si quien les manda dispone del poder de arrebatar al particular la parte de su propiedad que bien le parezca, para usarla y disponer de ella según se le antoje*” (15). Es decir, el empleo del término en mi criterio, no deja lugar a dudas, de su carácter patrimonialista. No hay nada que pueda hacer pensar que hay una referencia, aunque sea velada, a la vida y la libertad, como el tríptico que usa en otras partes de su obra junto a tierras o bienes para englobar el término propiedad. Es además singular la referencia que hace a la no legitimidad del uso del poder como base para confiscarla.

En el & 139 nos dice: “*...esté el gobierno en las manos que esté, quien lo detenta lo ha recibido con la condición y para la finalidad ya expuesta, es decir, para que los hombres puedan poseer con seguridad sus propiedades. Por esa razón, ni el rey ni el senado... pueden tener autoridad ellos mismos, de la totalidad o de una parte cualquiera de la propiedad de sus súbditos, sin el consentimiento de éstos*” (16). Continuando más adelante, otra vez, con carácter patrimonialista : “*...ni tampoco el general, que puede condenarlo a muerte por haber abandonado su puesto, o por no haber cumplido la más desafortunada de las órdenes, puede, a pesar de su poder absoluto de vida o muerte, disponer de un solo ardite de los bienes de ese soldado, ni apoderarse de la mínima parte de lo que le pertenece... nada tiene que ver con semejante finalidad (la obediencia debida por el soldado al jefe) el derecho a disponer de los bienes del soldado*” (17). Véase como algo notable, que el ejemplo del cual se vale Locke es ilustrativo en grado sumo y no deja lugar a dudas. El jefe militar que puede disponer de la vida del soldado (y se presupone de su libertad también) no puede en cambio disminuir en nada su patrimonio particular. Este ejemplo, es clarificante, del uso del término en este caso. No engloba, de ningún modo el tríptico y sobrevalora la propiedad en sentido estricto.

Del análisis de los epígrafes antes señalados, es evidente el carácter plenamente patrimonialista que le confiere Locke, en este caso en particular a la propiedad, que no se cansa de repetir en otras partes de su libro, de modo contradictorio, que son la “vida, libertad y bienes”. Pero que aquí está analizada como propiedad en sí o en sentido estricto como aspecto material. Tendremos quizás que asumir, tratando de buscar una explicación racional, que esto lo hace para evitar, ante futuros procesos de cambios, en el poder político en Inglaterra, que la propiedad pudiera ser afectada. Es probable, además, que durante el largo período 1640-1688 e incluso antes, hayan existido expropiaciones arbitrarias y lo que pretende Locke con esto es “santificar” de modo inamovible la propiedad (18).

### 3-Otros autores sobre el derecho de propiedad en Locke.

Hay varios autores que han trabajado la obra de Locke, tratando de descifrar el sentido de los términos que él mismo emplea. En particular utilizaremos para el tema de la propiedad lo planteado por George Sabine. Este autor publicó un amplio estudio sobre la historia de la teoría política, por lo que nos da una vertiente política del problema. Además pertenece a la órbita de los países anglosajones, por lo que está familiarizado con la forma de pensar y vive en una sociedad que proyecta de un modo práctico estas ideas. Sabine plantea de un modo muy acertado: *“Locke define los derechos naturales por analogía con la propiedad y anteriores incluso a la sociedad”* (19). Según Sabine el pensamiento de Locke en este sentido lo que hace es continuar con la tradición establecida por Santo Tomás mucho antes que Locke, es decir, considerar el derecho de propiedad como un derecho natural preexistente antes de la sociedad. Sigue en su análisis: *“En cualquier caso, concebía todos los derechos naturales siguiendo la misma línea de la propiedad, es decir, como atributos del individuo, nacidos con él y, por ende, como títulos inviolables tanto frente al gobierno como a la sociedad”* (20), por lo que, estos derechos *“solo pueden ser regulados en la medida es que es necesario hacerlo para darle efectiva protección”* (21). Y termina resumiendo de modo plástico *“...la vida, libertad y posesiones de una persona solo pueden ser limitadas para hacer efectivos los títulos igualmente válidos de otra persona a los mismos derechos”* (22).

Es decir, el modo en que incide sobre la propiedad, convirtiéndola en la esencia de su trabajo hace difícil discernir cuando la emplea de una forma u otra. A partir de su uso como sujeto del trabajo, estructura su filosofía política, con base en el consenso, no aclarando exactamente cuando es un derecho en sí mismo o cuando contiene a otros derechos.

En este mismo sentido, la autora española, Angela Aparisi Miralles, hace un análisis un poco más ampliado tratando de conectar la propiedad con otros derechos. De este modo plantea: *“...el término propiedad para Locke, como ya se ha adelantado..., no poseía tan solo una significación económica. Locke denominaba en un sentido amplio el derecho a la vida, libertad y bienes. De acuerdo con ello la violación del derecho a la vida o a la libertad es propiamente una violación de la propiedad”* (23). Y posteriormente concluye afirmando: *“Por ello la conocida afirmación de Locke según la cual **“La finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados...es la de salvaguardar sus bienes”** debe entenderse en este sentido”* (24).

Además esta autora plantea que el pensamiento de Locke fue muy provechoso para los norteamericanos ya que esto le dio un sentido de moralidad a su posterior extensión hacia el oeste justificando, mediante el trabajo, el despojo de las inmensas extensiones de tierras vírgenes que poseían los indios nativos.

#### 3.1 Criterio personal.

Después de todo lo analizado podemos valorar que, como se había planteado previamente, el análisis de Locke respecto al término de propiedad presenta ambivalencias que hacen difícil su interpretación. Si lo analizamos en el sentido de comprender en el mismo la vida, libertad y los bienes le estaríamos dando una interpretación totalizadora, lo cual nos permitiría al mismo tiempo entender las sucesivas limitaciones que se le fueron imponiendo

al poder político en la Inglaterra del siglo XVII y especialmente, al poder de los monarcas absolutos. Esto tiene varios estadios que van desde la Petición de Derechos de 1628 hasta el Bill of Rights de 1688 (25), sin olvidar el Acta de Habeas Corpus de 1679 (26).

Es interesante el análisis comparativo realizado por Jellinek (27) en su trabajo sobre las declaraciones de derecho donde contrasta los Bill ingleses del siglo XVII, con los elaborados posteriormente en las Trece Colonias, especialmente en el siglo XVIII. Por otra parte, si desbordamos el análisis del **Segundo ensayo** y nos adentramos en otros trabajos suyos, como las **Cartas sobre la tolerancia** (28) podemos encontrar la base de varios derechos, como la libertad de conciencia, que parten de la separación Iglesia-Estado y van a tener amplio desarrollo en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX.

Si en cambio nos restringimos únicamente a considerar la propiedad como el patrimonio que según Locke la persona va generando mediante la incorporación a los objetos de su energía, entonces si podemos conjeturar que es una defensa total de la propiedad del modo en que lo han interpretado los norteamericanos.

Es además importante reconocer que su planteamiento respecto a los tres poderes, también incluidos el *Segundo Ensayo*, aunque no tienen el acabado que posteriormente le imprimiría Montesquieu, sientan un precedente importante para restarle poder a la monarquía absoluta. Singular es, también, según la variante inglesa de desarrollo del Estado, el estudio bastante amplio que realiza sobre el poder legislativo, órgano que venía aumentando su importancia política en la sociedad inglesa desde el período previo a la Petición de Derechos de 1628, y cuya lucha por predominar en lo político frente a la monarquía va a ser uno de los factores detonantes de la revolución inglesa en 1640.

#### 4-Conclusiones.

De lo antes citado que se corresponde con un análisis de contenido de la obra, *Segundo ensayo sobre el gobierno civil* se puede concluir:

1. El pensamiento político de Locke es el resultado del proceso revolucionario inglés del siglo XVII, cuyo logro más visible es una transacción entre los grupos conservadores y liberales en lo que se denominó revolución gloriosa. Con sus ideas políticas reflejadas en el **Segundo ensayo**, contribuye a transformar los derechos naturales, de antaño abstractos, ideales, en derechos humanos, tangibles, realizables, mediante la incorporación de los mismos al derecho positivo.
2. Locke es el primer pensador que concibe como un sistema la relación entre la vida, libertad y propiedad. Aún cuando no hay un tratamiento uniforme desde el punto de vista terminológico del término propiedad en su **Segundo ensayo**, este se asocia continuamente tanto a la vida, como a la libertad. De esta falta de uniformidad se pueden obtener las diferentes interpretaciones que se han hecho de su obra siendo la que le otorga a esta un carácter sistémico, la que puede ser entendida como un intento primario de definir derechos humanos, en específico los políticos o de connotación política.

## BIBLIOGRAFÍA.

1-Entre los historiadores ingleses que sostienen este criterio podemos mencionar a Christopher Hill y George Macaulay Trevelyan.

2-Para el presente trabajo utilizamos la edición publicada en Buenos Aires en 1955 por Aguilar Editor bajo el título **Ensayo sobre el gobierno civil**.

3-Para detalles de su vida y obra puede consultarse: **John Locke, a biography**; Maurice Cranston, Longman, Green and Co., Ltd, London, 1966.

4-LOCKE, John: **Ensayo sobre el gobierno civil**, Buenos Aires, Aguilar Editor, 1955, p. 102.

5-Además de esto hace referencias similares, lo que utilizando otros términos en las p. 31, “vida, salud, libertad y posesiones”; p.94, “...su paz, sus libertades y sus bienes...”; p.139, “... sus vidas, libertades y tierras, a todo lo cual lo incluyo dentro del nombre genérico de bienes o de propiedades”; p.143, “...sus personas, libertades y propiedades...” y p.233, “...las vidas, libertades y propiedades del pueblo”.

6-Es realmente curioso que Locke no profundice en términos como la vida y la libertad de modo explícito. Y utilizo la palabra curioso, porque desde 1679, se había aprobado en Inglaterra el Acta de Habeas Corpus, que establecía diferentes garantías procesales para los posibles comisores de delitos. Uno de los principales inspiradores de esta ley fue Lord Ashley, tutor y amigo personal de Locke. Lógicamente, debemos asumir, que nuestro autor conocía la +

7-El ejemplo paradigmático, en este sentido, sería la Revolución Francesa, con su monumental Declaración de derechos del hombre y del ciudadano y la tríada “libertad, igualdad, fraternidad”, que tiene indiscutiblemente un significado social más profundo.

8- LOCKE, John: **Ensayo sobre el gobierno civil**, Buenos Aires, Aguilar Editor, 1955, p. 52.

9- *Ibíd.*, p.52-53.

10- *Ibíd.*, p. 53-54

11-Entre los diversos ejemplos del uso individualista de la propiedad podemos citar los siguientes:

- p.31, “vida, salud, libertad y posesiones”.

- p.52, "...cada hombre tiene la propiedad sobre la propia persona"...podemos afirmar que el esfuerzo de sus manos y su cuerpo son auténticamente suyos"
- p.55, "El hombre puede apropiarse las cosas por su trabajo en la medida exacta en que le es posible utilizarlas con provecho antes de que se echen a perder. Todo aquello que excede ese límite no le corresponde al hombre, y constituye la parte de los demás".
- p.56, "Sin embargo, el objeto principal de la propiedad no lo constituyen hoy los frutos de la tierra y los animales que en ella viven, sino la tierra misma, en cuanto que ella encierra y provee de todo lo demás; yo creo evidente que también en ese aspecto se adquiere la propiedad de igual manera que en el anterior".
- p.59, "La medida de la propiedad la señaló bien la naturaleza limitándola a lo que alcanzan el trabajo de un hombre y las necesidades de la vida".
- p.94, "...su paz, sus libertades y sus bienes...".
- p.140, "Tenemos pues, que la finalidad máxima y principal que buscan los hombres al reunirse en Estados o comunidades sometiéndose a un gobierno, es la de salvaguardar sus bienes; esa salvaguarda es muy incompleta en el estado de naturaleza".
- p.195, "El conquistador detenta un poder absoluto sobre la vida de quienes, por haber hecho una guerra injusta, han perdido su derecho a la vida; pero no tiene ese mismo poder sobre la vida y los bienes de quienes no han tomado parte en la guerra , ni siquiera sobre los bienes de quienes efectivamente tomaron parte en ella".
- p.198-199, "...De modo que quien por conquista tiene un derecho sobre la persona de determinados hombres, pudiendo acabar con éstos si le place no tiene por esto derecho de apropiarse sus bienes y disfrutar de ellos. Lo único que le otorga título sobre los bienes de otro hombre es el daño que éste le ha infligido".
- Estas son, de modo general, algunos brevísimos pasajes, extraídos de diversos capítulos, que reflejan el uso patrimonialista de la propiedad.

12- *Ibíd.*, p. 154.

13- *Ibíd.*, p. 154.

14- *Ibíd.*, p. 154.

15- *Ibíd.*, p. 154-155.

16- *Ibíd.*, p. 155.

17- *Ibíd.*, p. 156.

18-En este sentido es muy interesante el análisis realizado por el finado politólogo canadiense McPherson en su libro, "**La teoría política del individualismo posesivo de Hobbes a Locke**" publicado en español por la Editorial Fontanella, Barcelona, 1970.

19-SABINE, George H.: **Historia de la teoría política**, Madrid, Fondo de Cultura Económica, 1994, p.408.

20- *Ibíd.*, p.406.

21- *Ibíd.*, p.407.

22- *Ibíd.*, p.406.

23-APARISI MIRALLES, Angela: **La Revolución norteamericana, Aproximación a sus orígenes ideológicos**, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales- Boletín Oficial del Estado, 1995 .Prólogo de Gregorio Peces Barba, p. 117-118.

24-La cita de la Aparisi Miralles se refiere a una edición en inglés diferente a la utilizada por mí, por lo que la transcribo de acuerdo al original por ella utilizado.

Locke,John : **Second Treatise on civil government**, Editado por Laslett, P. Two treatises of government, second edition, Cambridge University Press, 1970, p. 249-250, 368-369, 430 citado por Angela Aparisi Miralles en: *ob. cit.*, p. 118.

25-Estos dos documentos pueden encontrarse en **Selección de textos constitucionales**, Introducción y compilación Martha Prieto Valdés, Editorial Félix Varela, Habana, 2002.

26 Peces Barba Martinez, Gregorio (ed.): **Derecho positivo de los derechos humanos**, Editorial Debate, Madrid, 1987.

27-JELLINEK, George: **La declaración de derechos del hombre y del ciudadano, Historia constitucional moderna**, España Librería General Victoriano Suárez, 1908.

28-Locke escribe en total cuatro cartas sobre la tolerancia, que pueden encontrarse en la edición de sus obras completas publicadas en 1823 en Londres con el título **The Works of John Locke** y que abarca diez volúmenes. Existe una edición más moderna publicada por Scientia Verlag, Aalen, República Federal Alemana, 1963.



---

**Estudio jurídico sobre minería ilegal en la  
legislación ambiental y penal de Colombia; caso  
minería ilegal en la región del San Juan,  
departamento del Chocó (2005-2011).**

---

Lisneider Hinestroza Cuesta\*  
Audrey Karina Mena Mosquea\*\*

\* Líder del Grupo y Docente Asistente de la Universidad Tecnológica del Chocó,  
“Diego Luis Córdoba,” Magíster en Derecho de los Recursos Naturales.  
E-mail: [lisneider@yahoo.es](mailto:lisneider@yahoo.es)

\*\* Joven Investigador de la Universidad Tecnológica del Chocó  
“Diego Luis Córdoba”, adscrita al Grupo de Investigación: Derecho Sociedad y Medio  
Ambiente, Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos  
E – mail: [kariclari6@hotmail.com](mailto:kariclari6@hotmail.com).

## **Resumen.**

La minería ilegal en Colombia se ha constituido como uno de los delitos de menores novedades en el sistema judicial del país. Dentro de su dinámica de expansión en las regiones de Colombia, la minería es una de las actividades que más impactos adversos genera no sólo en el medio ambiente, sino también en la integridad de las comunidades étnicas, cuando ésta es desarrollada de manera ilegal en sus territorios. En este artículo se realiza un estudio sobre las bases jurídicas y tipos penales de la minería ilegal en el marco normativo ambiental y penal de Colombia, tomando como caso central las investigaciones penales y administrativas adelantadas por minería ilegal en la región de San Juan del Departamento del Chocó durante los años 2005 a 2011. La efectividad del aposito jurídico de la actividad minera cuando se desarrolla sin el cumplimiento de los requisitos de ley, por un lado está supeditada a la poca capacidad técnica y de control administrativo y judicial de las autoridades ambientales de las regiones. Y por otro lado, el sistema judicial del país, como en el caso del departamento del Chocó, no está familiarizado con este tipo penal, afectando las garantías constitucionales de las comunidades que habitan en los territorios, y de la preservación y conservación del medio ambiente.

**Palabras Claves:** Minería, delitos ambientales, sanciones, autoridades ambientales locales.

# Estudio jurídico sobre minería ilegal en la legislación ambiental y penal de Colombia; caso minería ilegal en la región del San Juan, Departamento del Chocó (2005-2011).<sup>1</sup>

## 1. Introducción.

Los delitos ambientales son delitos de carácter social que no solamente afectan factores ecológicos y económicos dentro del funcionamiento de un estado, sino que consecuentemente generan impactos en el sector cultural de un país, en la medida en que afectan el hábitat natural y las formas de vida autóctona del hombre y su espacio ancestral.<sup>2</sup> Los delitos contra el medio ambiente también hacen parte del marco jurídico penal colombiano.<sup>3</sup> Por lo mismo la existencia de un cuerpo legal que protege el manejo y explotación de los recursos naturales renovables y no renovables en Colombia, denota un avance conceptual en las políticas estatales de salvaguardia del medio ambiente y de conservación sostenible de los recursos naturales, a través de figuras jurídicas de protección directa sobre el medio ambiente.

Como consecuencia de las necesidades económicas de las personas en un país en desarrollo como Colombia, la explotación irracional de los recursos naturales es entendida en algunos casos como medio de subsistencia económica y no como una actividad que pone en riesgo la estabilidad y el desarrollo sostenible del medio ambiente. En este sentido, también los derechos sobre la tierra de los grupos étnicos en cuyos territorios son realizadas muchas de las actividades de explotación de minerales o de recursos naturales, son directamente afectados y violentados. De ahí que la situación actual de Colombia en materia de comisión de delitos ambientales por esta actividad demuestra que las herramientas jurídico-legales y los mecanismos de protección de derechos humanos, aunque enmarcan un cuadro lógico legal de protección al medio ambiente son insuficientes ante el incremento delictivo en el país.

En las regiones de Colombia como lo es en el Chocó, la minería ha sido históricamente una de las principales actividades comerciales de sus regiones como la región del San Juan y el Atrato, donde la autoridad minera de Colombia ha determinado áreas de suelo para otorgar diferentes concesiones para la explotación denominadas como puntos claves para el

---

<sup>1</sup>El presente artículo es producto del proyecto de investigación *Estudio jurídico de la Actividad Minera en el Departamento del Chocó, en la Región del San Juan y el Municipio de Quibdó*, de la línea de investigación Grupos Étnicos y Medio Ambiente, del Grupo de Investigación en Derecho, Sociedad y Medio Ambiente de la Facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó “Diego Luis Córdoba, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Tecnológica del Chocó Diego Luis Córdoba”, convocatoria año 2011.

<sup>2</sup> MURATA, Diethell Columbus (2004) Sobre la Naturaleza Jurídica de los Delitos Ambientales, artículo portal en línea Ecoportal, Última vez visto (13 de Junio de 2013) consultado en [http://www.ecoportal.net/Temas\\_Especiales/Contaminacion/Sobre\\_la\\_Naturaleza\\_Juridica\\_de\\_los\\_Delitos\\_Ambientales](http://www.ecoportal.net/Temas_Especiales/Contaminacion/Sobre_la_Naturaleza_Juridica_de_los_Delitos_Ambientales)

<sup>3</sup> Congreso de la República de Colombia, (2000), Ley 500 de 2000 Código Penal Colombiano Delitos contra los recursos naturales y el Medio Ambiente, Art 328 -339.

desarrollo de las actividades económicas del departamento.<sup>4</sup> El San Juan chocoano que principalmente abarca los municipios de Bagadó, Condoto, Itsmina, Sipi, Tado, y Unión panamericana, sobresale en la producción de oro, plata y platino,<sup>5</sup> sin embargo en la actualidad la minería se ha convertido en una de las principales actividades generadoras de violencia interna, de posesión ilegal del territorio de comunidades negras e indígenas, así como de degradación del medio ambiente a través de las afectaciones y daños a la tierra. La comisión de delitos como la explotación ilegal de minerales, el desplazamiento forzado y el tráfico y venta de minerales, son uno de los ejemplos claros de las graves consecuencias que está dejando esta actividad.

En el caso de la región del Chocó la autoridad ambiental encargada de regular y controlar la actividad minera en relación con la explotación de los recursos naturales renovables y el adelantamiento de investigaciones de tipo administrativo, es la Corporación Autónoma Regional para el desarrollo sostenible del Chocó (Codechocó). En la parte judicial, la Fiscalía Seccional Chocó, y la policía ambiental hacen un acompañamiento frente al tema de procesamiento judicial y de realización de operativos de control y vigilancia, incautación de maquinarias e implementos. Por otro lado, las alcaldías municipales también les corresponden imponer y ejecutar medidas preventivas y sancionatorias de acuerdo a lo establecido en el reglamento jurídico sancionatorio ambiental Colombiano<sup>6</sup>, en este sentido, dentro de sus funciones está el efectuar decomisos provisionales de minerales que se transporten o se comercien sin factura o constancia de la mina donde provengan, entre otras.<sup>7</sup> Dado que se trata de una actividad que evoluciona a espaldas de la ley, se requieren estudios que describan el tipo de infracciones que se cometen, las actuaciones que realizan las autoridades, y se generen datos exactos de cómo y en qué lugar se llevan a cabo estas actividades y cifras seguras que permitan a las autoridades adoptar medidas y estrategias para controlar la minería ilegal.

En este análisis se hace un estudio general de la tipificación penal de la minería ilegal en Colombia, y la capacidad de control de este hecho delictivo a través de las investigaciones administrativas y judiciales que se han adelantado en la región del San Juan en el departamento del Chocó. Se inicia en primera medida, con el análisis de la normatividad ambiental, minera y penal expedida en el país en lo que respecta a la comisión de delitos en contra del medio ambiente. Seguidamente, se realizara un análisis de la función administrativa, ambiental y Judicial de las autoridades del estado en el departamento del Chocó, describiendo la labor que ejercen como autoridades encargadas del cumplimiento de la normatividad ambiental en el Chocó, junto con las sanciones penales y administrativas impuestas en la actualidad como consecuencia de la minería ilegal en la Región del San Juan. Se finaliza el presente artículo con el análisis de la situación actual de las comunidades étnicas ubicadas en la zona de investigación y con las conclusiones y recomendaciones frente al tema en estudio.

---

<sup>4</sup> GONZÁLES I, ESPITIA C, MUNAR P, RUIZ A, DE LA HOZ A, & Sánchez L, (2012):. Impacto de la Minería de Hecho en Colombia, Estudio de Caso; Quibdó, Itsmina, Timbiqui, López de Micay, Guapi, El Charco y Santa Bárbara.

<sup>5</sup> Pacífico Territorio de Etnias Minería Despojo y daño ambiental (2013); Revista virtual de la Coordinación Regional del Pacífico Colombiano N°6 (pg.9).

<sup>6</sup> República de Colombia, Decreto 1333 de 2009 del 21 de julio de 2009, Artículo 2 Diario Oficial No. 47.417 de 21 de julio de 2009.

<sup>7</sup> Congreso de la República de Colombia Código Penal artículo 159.175

## **2. MARCO DE PROTECCIÓN LEGAL DEL MEDIO AMBIENTE EN LA ACTIVIDAD MINERA.**

Los tipos penales ambientales reconocen el dinamismo de los instrumentos de protección ambiental, y es por eso que la responsabilidad penal está enmarcada en las normas ambientales estableciendo límites para aquellos casos en cuya actividad ejercida pueden causar un deterioro o daño al ambiente.<sup>8</sup> Por otro lado, tanto la legislación administrativa con su variedad de sanciones, como la legislación civil con su régimen de responsabilidad por daños, se han considerado el complemento en la protección al medio ambiente en Colombia, fundamentalmente por el elemento estrictamente patrimonial de las medidas que se imponen, multas, indemnizaciones y actividades reparatorias.

Los tipos penales para la protección del medio ambiente que enmarcan la minería ilegal como un delito, en general buscan evitar la afectación que puede sufrir el medio ambiente a causa del actuar delictivo del hombre. Por un lado, los delitos contra el medio ambiente son considerados tipos penales en blanco, es decir el supuesto hecho se encuentra total o parcialmente en una norma con carácter extrapenal que frecuentemente sirve para actualizar el tipo a determinada situación en el tiempo.<sup>9</sup>

De ahí que el análisis de un marco legal integral de protección del medio ambiente permite identificar los lineamientos jurídicos violados por las diferentes prácticas ilegales y comerciales sobre los recursos naturales como en la minería ilegal.

### **2.1 Constitución Política de Colombia de 1991.**

La Constitución de Colombia de 1991 ha sido considerada como un importante avance en el legado normativo Colombiano que protege al medio ambiente. La Constitución reconoce la existencia y la relevancia de los derechos de tercera generación, como parte fundamental en el goce y ejercicio de los denominados derechos fundamentales o de primera generación. De acuerdo con el marco constitucional de 1991, el estado deberá prevenir y controlar los factores de deterioro ambiental, imponer las sanciones legales y exigir la reparación de los daños causados<sup>10</sup>; esto evidencia el carácter preventivo y el deber sancionatorio de las autoridades que representan al Estado. En este sentido, además de establecer el deber de exigibilidad de reparación del daño que se cause al medio ambiente, en la Constitución Política de Colombia hay un fijamiento legal que ordena la sanción punitiva inmediata por la degradación del medio ambiente como lo es en el caso de la minería ilegal. Como resultado de la interconexión entre los derechos, la constitución de 1991 reconoció a todos los ciudadanos sin exclusión alguna el derecho a gozar de un ambiente sano, como un derecho de carácter principal reflejándose así entonces la necesidad de una protección penal frente a los factores que lo pongan en peligro como es el caso de la minería ilegal.<sup>11</sup> Por

---

<sup>8</sup> *Ibíd*em

<sup>9</sup> CANON Juliana Maria & ERASO German. El Papel del Derecho penal en la Tutela del Ambiente. Bogotá DC. 2004 , p. 43,44 .

<sup>10</sup> Artículo 80 de la Constitución de 1991, Republica de Colombia (1991).

<sup>11</sup> Artículo 79 de la Constitución Política de Colombia de 1991

otro lado, el artículo 88 del mismo eje constitucional dispone que la ley regulara las acciones populares para la protección de los derechos colectivos como el medio ambiente<sup>12</sup>. El Estado como propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a las leyes preexistentes a la constitución<sup>13</sup>, no puede desconocer su responsabilidad de protección y respeto de los derechos de los grupos étnicos ya reconocidos. Para Arguijos, el derecho ambiental ha sido implementado de manera lenta y tardía en la legislación domestica del país, haciendo difícil la penalización en muchos casos de actores y conductas que lesionan el medio ambiente a través de la minería ilegal. Por otro lado el derecho penal por sí solo no puede garantizar la protección jurídica del ambiente, se necesita de un marco legal integral que denote una amplia tutela legal sobre el uso de los recursos naturales renovables y no renovables especialmente cuando se trate de actividades realizadas en territorios de comunidades especiales.<sup>14</sup>

### **2.1.1 Ley 99 de 1993.**

Cumpliendo los mandatos constitucionales de protección de los recursos naturales, la Ley 99 de 1993 establece que las corporaciones autónomas en ejercicio de sus funciones son competentes para la evaluación, control, y seguimiento ambiental de las actividades de exploración, explotación, beneficio, transporte, uso, y depósito de los recursos naturales no renovables, incluida la actividad portuaria con exclusión de las competencias atribuidas al Ministerio del Medio Ambiente, así como de otras actividades, proyectos o factores que generen o puedan generar deterioro ambiental<sup>15</sup>.

En este sentido, se le asigna también a las Corporaciones Regionales la función de imponer y ejecutar a prevención y sin perjuicio de las competencias atribuidas por la ley a otras autoridades, como las medidas policivas y las sanciones previstas en la ley, en caso de violación a las normas de protección ambiental, y de manejo de recursos naturales renovables con sujeción a las regulaciones pertinentes<sup>16</sup>. A la par, la Ley 99 de 1993 en su artículo 76 dispone que la Policía nacional se encargará de prestar apoyo a las autoridades ambientales, a los entes territoriales y a la comunidad, en la defensa y protección del medio ambiente y los recursos naturales renovables, y en las funciones y acciones de control y vigilancia previstas por la ley.

Con la expedición de esta ley, no sólo se organizan y crean los entes e instituciones estatales encargadas de la prevención y la implantación de sanciones por la comisión de delitos sobre el medio ambiente como la explotación ilegal de minerales, conjuntamente, esta ley reconoce políticas indispensables para el resguardo y protección de derechos sobre la tierra y los recursos naturales de las comunidades étnicas. Bajo esta óptica promueve procedimientos como la consulta previa en el artículo 76, que constituye uno de los principales elementos de protección para la exploración y explotación ilegal en zonas mineras de comunidades étnicas.<sup>17</sup>

---

<sup>12</sup> Art 88 de la Constitución Nacional, República de Colombia (1991).

<sup>13</sup> Art 72 de la Constitución Nacional, República de Colombia (1991).

<sup>14</sup> SANTILLANA, Basurto & BASURTO, Danial, (2000), Delitos Ambientales, Pg 4-10.

<sup>15</sup> Ley 99 de 1993 artículo 31, República de Colombia, (1993).

<sup>16</sup> Ley 99 de 1993 artículo 101, República de Colombia, (1993)

<sup>17</sup> Art 76, Ley 99 de 1993 República de Colombia. (1993)

### 2.1.2 Ley 1333 de 2009.

Como implementación del régimen sancionatorio legal ambiental en Colombia fue expedida la presente ley. La Ley 1333 de 2009 reafirma la potestad sancionatoria del Estado a través de sus instituciones; según esta norma en materia ambiental se presume la culpa o el dolo del infractor, lo cual dará lugar a las medidas preventivas. El infractor será sancionado definitivamente si no desvirtúa la presunción de culpa o dolo para lo cual tendrá la carga de la prueba y podrá utilizar todos los medios probatorios legales.<sup>18</sup> De igual manera, en la ley se instituye que las sanciones administrativas en materia ambiental tienen una función preventiva, correctiva, y compensatoria, para garantizar la efectividad de los principios y fines previstos en la Constitución, los tratados internacionales, la ley y el reglamento.

Las medidas preventivas, por su parte, tienen como función prevenir, impedir, o evitar la continuación de la ocurrencia de un hecho, la realización de una actividad, o la existencia de una situación que atente contra el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje, o la salud humana.<sup>19</sup>

Según la corte constitucional en sentencia C 703/10:

“Las normas sancionatorias ambientales establecen lo que se conoce como tipificación indirecta, que presupone la existencia de un precepto que establece un mandato, una prohibición y otro que establece que el incumplimiento de éstas será objeto de sanción. Por consiguiente, la infracción la constituye el incumplimiento de las normas contenidas en una reglamentación específica. Así lo establece el artículo 5º de la Ley 1333 de 2009, al definir como infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente que reúna las características allí mencionadas y que también lo es “toda acción u omisión que constituye violación de las normas contenidas en el Código de Recurso Naturales Renovables, en la Ley 99 de 1993,”<sup>20</sup>.

En relación con la actividad minera cuando se ejecuta de manera ilegal, el artículo 39 de la ley 1333 de 2009 dispone, que las respectivas autoridades ambientales tienen la potestad de suspender por un tiempo determinado toda actividad obra y proyecto cuando de su realización pueda derivarse daño o peligro a los recursos naturales, al medio ambiente, al paisaje o la salud humana, o cuando se haya iniciado sin contar con la licencia ambiental, permiso, concesión o autorización, o cuando se incumplan los términos, condiciones y obligaciones establecidas en las mismas. De ahí que, las autoridades ambientales deben actuar ejerciendo así sus deberes constitucionales de protección, prevención, y remedio sobre los ciudadanos y el medio ambiente.

### 2.1.3 Ley 685 de 2001 (Código de Minas).

---

<sup>18</sup>Art 1 par. 2 Ley 1333 de 2009, República de Colombia (2009)

<sup>19</sup> Ibídem art 4

<sup>20</sup> Corte Constitucional, sentencia C 703/10 de 21 de Marzo de 2010 “*las normas sancionatorias ambientales establecen lo que se conoce como tipificación indirecta, que presupone la existencia de un precepto que establece un mandato, una prohibición y otro que establece que el incumplimiento de éstas será objeto de sanción. Por consiguiente, la infracción la constituye el incumplimiento de las normas contenidas en una reglamentación específica*”

La Ley 685 de 2001 fue creada con el objetivo de fomentar la exploración técnica y la explotación de los recursos mineros estatales y privados, así como de estimular las actividades de exploración y explotación minera, con el fin de satisfacer los requerimientos de la demanda interna y externa de los mismos. En sus primeros artículos además de establecer los objetivos, se fija la propiedad inalienable e imprescriptible del Estado sobre los recursos del subsuelo como punto de partida para el desarrollo de la actividad minera en capítulo I de la Ley 685 de 2001. A partir de esta ley únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional dejando a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación, y contratos celebrados sobre áreas de aporte.<sup>21</sup> Sin embargo, se debe precisar que esta disposición tiene una vigencia condicionada.

En el año 2010 entró en vigencia en Colombia la Ley 1382 que modificó la ley 685 de 2001 incluyendo cambios en muchos aspectos concernientes entre ellos al otorgamiento de licencias y permisos para la explotación minera en zonas de comunidades étnicas. Sin embargo, la Corte Constitucional mediante sentencia C-366 de 2011 declaró inexecutable la reciente reforma a la ley 685 de 2001, y postergó a dos años sus efectos inmediatos de dejar sin validez jurídica la norma minera hasta que el Congreso adopte medidas legislativas tendientes a reformar el código; de lo contrario al cabo de dicho término la inconstitucionalidad de la ley 1320 de 2010 será definitiva, siendo la ley 685 de 2001 la que continúe regulando las actividades mineras en Colombia.<sup>22</sup> Dicha ley reformativa estipuló que los explotadores mineros ilegales podrán solicitar a la autoridad competente, en un

---

<sup>21</sup> Ver Artículo 15 al 30 de la Ley 685 de 2001 República de Colombia, (2001)

<sup>22</sup> Comisión Colombiana de Juristas Corte Constitucional de Colombia, Sentencia 366 de 2011; consideraciones que la Corte decidió tener en cuenta para tal determinación se pueden resumir así:

a. La consulta previa es un derecho de los pueblos indígenas y las comunidades afro descendiente que se encuentra garantizado a través de la Constitución Política, el Convenio 169 de la OIT y reiteradas sentencias de la Corte Constitucional.

b. El derecho a la consulta previa debe garantizarse en los casos que se vayan a adoptar medidas legislativas de carácter general que afecten especialmente derechos e intereses de pueblos indígenas y comunidades afro descendientes.

c. La reforma al Código de Minas, al tener como objetivo (i) regular el aprovechamiento de recursos mineros de manera competitiva; (ii) facilitar y ampliar la inversión, incluso de origen extranjero, en la actividad minera del país; (iii) formalizar las actividades mineras existentes y tecnificar las modalidades tradicionales y artesanales de explotación; (iv) incidir en el crecimiento económico y la superación de la pobreza; y (v) lograr conciliar la actividad minera con el desarrollo sostenible y la protección del medio ambiente, debió haber sido consultada previamente con los pueblos indígenas y las comunidades afro descendientes por estar regulando sistemáticamente materias que conforman o tienen la potencialidad de afectar, derechos e intereses de las comunidades étnicas tradicionales.

d. Existe un consenso en el derecho internacional de los derechos humanos sobre la incidencia y afectación de la exploración y explotación minera en los territorios indígenas y afro descendientes.

e. Hay normas dentro de la reforma al Código de Minas que buscan precaver los graves efectos ambientales de la actividad minera y preservar ciertas zonas del impacto ambiental. Es por esta razón exclusivamente que la Corte Constitucional encuentra necesario diferir los efectos de la sentencia por el término de dos años.

Por las razones anteriormente expuestas la Corte Constitucional decidió:

“Primero.- Declarar INEXEQUIBLE la Ley 1382 de 2010, “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”.

Segundo.- Diferir los efectos de la inexecutable declarada por el término de dos (2) años, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.”

término de 2 años contados a partir de la promulgación de la ley, la concesión correspondiente llenando para el efecto todos los requisitos de fondo y forma y siempre que el área solicitada se hallare libre para contratar, y se acredite que los trabajos mineros se vienen adelantando en forma continua desde antes de la vigencia de la ley 685 de 2001. Para el procedimiento anterior, la autoridad minera contaba hasta con un (1) año para realizar la visita de viabilidad, después de presentada la solicitud de legalización y con dos (2) meses a partir del recibo de los PTO y PMA, por parte del interesado, para resolver de fondo la solicitud de legalización. Mientras lo anterior no se surta, no habría lugar a imponer las medidas previstas en los artículos 161, 306, 159 y 160 de la ley 685 de 2001.

Según la Comisión Colombiana de Juristas, la sentencia C-366 de 2011 se dedicó exclusivamente a estudiar la constitucionalidad de una medida legislativa por ausencia de consulta previa. Esa sentencia no modificó de manera alguna los avances jurisprudenciales que en sede de tutela se habían alcanzado, principalmente en lo relacionado con la exigencia del consentimiento libre, previo, e informado, en los casos que determinadas las concesiones, adjudicaciones o permisos otorgado por las autoridades administrativas ponían en riesgo la existencia y preservación de determinados pueblo indígena o comunidad afro descendiente.<sup>23</sup>

En el caso de la actividad minera como fuente de ingreso y de capital económico de las comunidades negras e indígenas, la norma minera en su capítulo XIV en resumen dispone qué explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos, ocupantes reales y tradicionales del área objeto de las concesiones o títulos de propiedad privada del subsuelo. Esta protección legal busca el interés general de las comunidades basado en la prevención de actividades ilegales que afecten de manera tajante la propiedad colectiva y la estabilidad social de sus propios habitantes.

El legislador demarcó como zonas especiales mineras los territorios de comunidades étnicas. De ahí que, la ley 685 de 2001 en el artículo 131 dispuso que dentro de los terrenos baldíos ribereños, adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria como propiedad colectiva de una comunidad negra, a solicitud de ésta, la autoridad minera podrá establecer zonas mineras especiales, y establecerá la extensión y linderos de dichas zonas. Dentro de estas zonas la autoridad concedente a solicitud de la autoridad comunitaria otorgará concesión como titular a la aludida comunidad y no a sus integrantes individualmente considerados<sup>24</sup>.

Como conducta que afecta gravemente el ambiente, el Código de Minas en su capítulo XVII establece el tipo penal descrito que configura la minería en sus formas de ilegalidad siendo así que, en su artículo 159 establece: La exploración y explotación ilícita de yacimientos mineros, constitutivo del delito contemplado en el artículo 338 del Código Penal, se configura cuando se realicen trabajos de exploración, de extracción o captación de minerales de propiedad nacional o de propiedad privada, sin el correspondiente título minero vigente o sin la autorización del titular de dicha propiedad.

---

<sup>23</sup> Comisión Nacional de Jurista Boletín número 6 18 de Agosto del 2011, última vista a 7 julio de 2013 en : [http://www.coljuristas.org/documentos/boletines/bol\\_n6\\_consulta\\_previa.pdf](http://www.coljuristas.org/documentos/boletines/bol_n6_consulta_previa.pdf)

<sup>24</sup> Art 121 y 131 de la Ley 685 de 2001 República de Colombia, (2000).

También el mismo código de minas, establece como delito el aprovechamiento ilícito que se ejecuta con el beneficio, comercio o adquisición, a cualquier título, de minerales extraídos de áreas no amparadas por un título minero.

#### **2.1.4 Ley 1450 de 2011.**

Ahora bien, como herramienta de planeación nacional para el desarrollo del país de 2010 a 2014 se expidió la Ley 1450 de 2011, la cual, en relación a la minería ilegal, en su artículo 106 fijó una prohibición para el uso de dragas, mini dragas, retroexcavadoras y demás equipos mecánicos en las actividades mineras sin título minero inscrito en el Registro Minero Nacional. El mismo artículo también determino, que, el incumplimiento de esa prohibición además de la acción penal correspondiente y sin perjuicio de otras medidas sancionatorias, se dará lugar al decomiso de dichos bienes y a la imposición de una multa hasta de mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, que impondrá la autoridad policiva correspondiente. Quedando finalmente en cabeza del estado la obligación de reglamentar todas las disposiciones establecidas en este nuevo plan nacional.<sup>25</sup>

#### **2.2 Sanciones penales para la protección del medio ambiente.**

Con la expedición del Código penal se buscó implementar un ordenamiento punitivo que brindara un seguro y controlado uso de las normas que rigen al Estado social de derecho. De este modo, la norma penal ambiental se remite forzosamente a la infracción de normas ambientales, como por ejemplo no haber obtenido permiso o autorización necesaria, o haber incumplido término y condiciones de los mismos<sup>26</sup>. En materia ambiental, el código penal regula la protección de los recursos naturales en el título III capítulo II de los Delitos contra los Recursos Naturales. La reforma del Código Penal (Ley 1453 de 2011), trajo importantes modificaciones al Título XI sobre delitos contra los recursos naturales y medio ambiente. De ahora en adelante, quienes con el incumplimiento de la normatividad existente atenten contra el medio ambiente o la salud humana pueden llegar a pagar multas de hasta 50.000 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes (smlmv) e ir a prisión hasta por 15 años.

El Código Penal colombiano configura como delitos el aprovechamiento ilícito de los recursos naturales renovables, entendido como la apropiación, introducción, explotación, transporte, tenencia, tráfico, comercio, exploración, aprovechamiento o el beneficio propio de los especímenes, productos o partes de los recursos fáunicos, forestales, florísticos, hidrobiológicos, biológicos o genéticos de la biodiversidad colombiana (prisión entre 4 y 9 años y multas hasta por 35.000 smlmv)<sup>27</sup>. En cuanto a la contaminación ambiental se sancionará a quien provoque, contamine o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, ruidos, depósitos o disposiciones al aire, la atmósfera o demás componentes del espacio aéreo, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o

---

<sup>25</sup> **LEY 1450 DE 2011** (junio 16) Diario Oficial No. 48.102 de 16 de junio de 2011 CONGRESO DE LA REPÚBLICA Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo, 2010-2014.

<sup>26</sup> MORAN, Fernando. Delitos y Contravenciones Penales Ambientales (2011) ultima vista, 10 de Abril de 2013 en [http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/delitos\\_y\\_contravenciones\\_penales\\_ambientales.pdf](http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/delitos_y_contravenciones_penales_ambientales.pdf)

<sup>27</sup> Ver Artículo 328 del Código Penal, República de Colombia (2000)

subterráneas o demás recursos naturales, en tal forma que, ponga en peligro la salud humana o los recursos fáunicos, forestales, florísticos o hidrobiológicos, incurrirá en prisión de cincuenta 55 a 112 meses y multa de 140 a 50.000 smlmv<sup>28</sup>. El Código penal también tipifica y sanciona como delitos contra los recursos naturales y contra el medio ambiente la violación de fronteras para explotación de recursos naturales, el manejo ilícito de recursos nocivos, la pesca ilegal y la caza ilegal.

En relación con la minería también constituye un delito la explotación ilícita de yacimiento minero, que se configura como la extracción, procesamiento, y venta ilegal de los recursos mineros. Según el código penal colombiano, el que sin permiso de autoridad competente o con incumplimiento de la normatividad existente explote, explore o extraiga yacimiento minero, o explote arena, material pétreo o de arrastre de los cauces y orillas de los ríos por medios capaces de causar graves daños a los recursos naturales o al medio ambiente, incurrirá en prisión de treinta y dos (32) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses y multa de ciento treinta y tres punto treinta y tres (133.33) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>29</sup>. Es evidente pues, que a partir de la tipificación normativa y su establecimiento como conducta contraria a la ley, al medio ambiente y a la economía de los territorios, las conductas delictivas relacionadas con la minería no solamente constituye un atentado contra la integridad de los recursos naturales del estado sino que también implican el detrimento económico de los municipios y por ende, el empobrecimiento de sus pobladores.

En otras palabras, la explotación ilegal de dichos recursos implica también la disminución de los ingresos monetarios correspondientes a los impuestos o regalías que se deben proporcionar debidamente a las alcaldías, para generar la inversión en obras de beneficio general de las comunidades. En este sentido, la minería ilegal se convierte en un factor degenerativo de la calidad de vida de los pobladores de las zonas en donde se ejerce, porque se convierte en competencia desleal para la minería legal y no produce condiciones dignas de empleo; eso sin tener en cuenta los perjuicios ambientales, porque se omite una adecuada metodología de extracción obediente a un estudio de impacto ambiental riguroso y técnicamente pertinente. Como lo afirma Gustavo Galvis Hernández, la conservación de los recursos naturales del país es indispensable para nuestro desarrollo, sancionar penalmente a quienes atenten contra ellos es necesario para protegerlos<sup>30</sup>.

### **3. MINERÍA EN LA REGIÓN DEL SAN JUAN EN EL DEPARTAMENTO DEL CHOCÓ.**

El departamento del Chocó, está dentro de unas de las regiones más biodiversas de Colombia, en la región Pacífica. El soporte de la economía del Chocó ha sido siempre la minería; desde el periodo colonial hasta la actualidad la explotación de oro y platino han sido el ingreso base para el desarrollo de las comunidades asentadas en este territorio. En el departamento del Chocó se identifican tres regiones naturales económicamente especiales,

---

<sup>28</sup> Ver Artículo 332 del Código Penal Colombiano, República de Colombia (2000)

<sup>29</sup> *Ibidem* Artículo 338 Código penal, República de Colombia (2000)

<sup>30</sup> GALVIS, H.G. (2011) Sanciones penales para delitos contra recursos naturales, Recuperado el 3, Julio, 2012 de <http://www.javeriana.edu.co/biblos/tesis/derecho/dere6/DEFINITIVA/TESIS03.pdf>  
[www.kienyke.com/kien-escribe/sanciones-penales-para-delitos-contra-recursos-naturales/](http://www.kienyke.com/kien-escribe/sanciones-penales-para-delitos-contra-recursos-naturales/)

una de ellas es la región del San Juan. Esta región se extiende a lo largo del centro oriente del departamento, comprendida por los municipios de Tadó, Istmina, Condoto, Nóvita, Sipí, Unión Panamericana, litoral del San Juan, entre otros<sup>31</sup>. Dentro de la región del San Juan está el distrito minero de Istmina, que se extiende sobre la mayoría de los municipios ubicados en la región. Los distritos mineros por su parte son áreas del suelo determinadas por la autoridad minera para otorgar diferentes concesiones para la explotación minera, en el Departamento del Chocó.<sup>32</sup> A diferencia de las entidades públicas que monitorean el desarrollo de la política minera del país, los distritos mineros no son entidades territoriales, ni tienen funciones designadas por la ley. Los distritos mineros son áreas estratégicas de desarrollo y gestión regional de la minería en el país.<sup>33</sup> En la actualidad, el distrito minero que abarca la zona del San Juan aporta un gran porcentaje a la actividad minera del departamento del Chocó en general; de ahí que esta actividad se ha incrementado en la medida que crecen las necesidades económicas de los pobladores y de las grandes empresas multinacionales ubicadas en este sitio.<sup>34</sup>

Un gran porcentaje de la población trabajadora son mineros quienes se concentran en pueblos pequeños en el Valle del río San Juan. En el marco del plan nacional de desarrollo, el departamento del Chocó hace parte de la “Zona Pacífico e Insular” y se considera un territorio con ventajas comparativas naturales, tales como su “potencial de desarrollo económico a partir de recursos mineros”, pero también coloca a la minería ilegal como uno de los factores con más altos niveles de incidencia comunitaria en lo que respecta a desastres ambientales en zonas de territorios colectivos y de reservas ambientales.<sup>35</sup>

Ahora bien, muchos de los municipios de esta región del Chocó como en el caso del municipio de Condoto la actividad minera en su mayoría se ejerce de manera ilegal. Hasta la fecha, muchos entables mineros de retroexcavadora laboran sin permisos ni licencia ambiental y hasta el momento no han tenido ninguna sanción por tal hecho.<sup>36</sup> Por otro lado, los consejos comunitarios mayores dueños de los títulos colectivos no aprueban esta actividad, pero tampoco cuenta con capacidades para contrarrestarlo, de ahí que las autoridades ambientales se han visto limitadas en el ejercicio de sus labores. Si bien es cierto, el rol que ejercen las autoridades en esta zona es determinante para el control de la ilegalidad de esta actividad. En este sentido la corporación autónoma regional y las

---

<sup>31</sup> Minería y Pueblos Indígenas en el Departamento del Chocó, El territorio del Pacífico Colombiano es un solo cuerpo por eso lo debemos defender entre todos. <http://www.orewa.org/index.php/3comunicados/comunicados/45-mineria-y-pueblos-indigenas-en-el-departamento-del-choco>

<sup>32</sup> Minería y Pueblos Indígenas en el Departamento del Chocó, El territorio del Pacífico Colombiano es un solo cuerpo por eso lo debemos defender entre todos. <http://www.orewa.org/index.php/3comunicados/comunicados/45-mineria-y-pueblos-indigenas-en-el-departamento-del-choco> .

<sup>33</sup> GONZALEZ Leonardo, et .al, Impacto de la Minería de Hecho en Colombia, Casos; Quibdó, Istmina, Timbiquí, López de Micay, el Charco y Santa Bárbara, Bogota (2012) 34p Ultima vista en: <http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/01/Impacto-de-la-miner%C3%ADa-de-hecho-en-Colombia-Indepaz.pdf>

<sup>34</sup> Ibídem

<sup>35</sup> Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Prosperidad para todos. Más empleo, menos pobreza, más seguridad. Departamento Nacional de Planeación. 2010, página 45

<sup>36</sup> Fundación Amigos del Chocó, Comunicado de Prensa, Más de diez entables de minería ilegal van en camino hacia uno de los pocos ríos prístinos del Chocó; mientras tanto las autoridades los dejan pasar (4 mayo de 2012) Ultima Vista en. <http://www.amichoco.org/images/stories/comunicado%20de%20prensa%204-may%20%282%29.pdf>

alcaldías como autoridades administrativas y ambientales deberían ser las encargadas del monitoreo de esta compleja situación.<sup>37</sup> Ahora bien, la función de administrar los problemas ambientales como en el caso inmediato de la minería ilegal, es una labor que necesita un trabajo conjunto tanto de las autoridades ambientales como de las autoridades judiciales y civiles, de allí que la Fiscalía, la Policía Ambiental, las autoridades eclesiásticas y demás entes e instituciones se convierten en apoyo permanente para las autoridades ambientales.

### 3.1. Acciones Administrativas y Judiciales por minería ilegal en la Región del San Juan.

Como ha sido señalado en párrafos anteriores, la explotación de minerales, convoca a una tarea de control y vigilancia de varias autoridades del nivel nacional, regional y local. En cuanto a la protección de recursos naturales renovables, la Ley 99 de 1993, ha delegado en principio a las Corporaciones Autónomas Regionales las funciones de control y vigilancia, que de conformidad con los artículos 23 y 39 de la precitada Ley ambiental, es la encargada en el departamento del Chocó de ejercer control sobre la explotación de recursos mineros debido a que afectan los recursos naturales renovables.

La minería a cielo abierto desarrollada en la mayoría de los municipios que conforman estas zonas del Chocó, según el informe de la Asociación de Cabildos Indígenas Embera, Woounan, Tule, Katio Y Chami (OREWA) de 2010 sobre la situación de los pueblos indígenas en el Chocó, mueve volúmenes menores de 250.000 m<sup>3</sup> por año de material, a través de pequeñas unidades productivas aisladas (Minas o Entables Mineros), todos ilegales y en precarias condiciones tecnológicas de ahí que, las repercusiones ambientales son críticas. Si bien la pequeña minería carece de equipos adecuados, se vale de maquinarias como motobombas de alta y baja presión, monitores, retroexcavadoras, clasificadoras y otros equipos auxiliares<sup>38</sup>.

**Tabla 1. Actuaciones de la Autoridad Ambiental en la Región del San Juan**

| Actividad minera en la región del San Juan |  |                        |                       |   |  |
|--|--|------------------------|-----------------------|---|--|
| Permisos otorgados                         | Sanciones administrativas (prevención, multa y decomisos). | Entables identificados | Operativos realizados | Funcionarios asignados para control y vigilancia de la actividad minera | Presupuesto asignado al control de la minería (millones de pesos). |
| <b>3</b>                                   | <b>121</b>   | <b>32</b>              | <b>13</b>             | <b>28</b>   | <b>\$120.000.000</b>   |

Fuente: Oficio 257 de 31-10-2011 “CODECHOCÓ”<sup>39</sup>

Así como es ilustrado en la tabla número 1 entre los años 2005 y 2011 la Corporación Autónoma Regional del Chocó (CODECHOCÓ) otorgó en esta región tres permisos ambientales para la explotación minera. El hecho que la entidad haya impuesto 121

<sup>37</sup> Título II y III de la Ley 99 de 1993, República de Colombia (1993)

<sup>38</sup> ASOCIACIÓN DE CABILDOS INDÍGENAS EMBERAS, WOOUNAN, TULE, KATIO Y CHAMI. (2010). Informe sobre la Situación de los pueblos indígenas del Chocó-República de Colombia. Quibdó: Autores.

<sup>39</sup> Oficio 257 de 31-10-2011 Corporación Autónoma Regional del Chocó,

sanciones de tipo administrativo, principalmente multas y decomisos, y a la par se hayan identificado 32 entables mineros con un presupuesto de \$120.000.000 y 28 funcionarios asignados para operaciones en todo el área del San Juan, confirman que la explotación de minerales en esta zona se inicia con una presunción de ilegalidad que deja al descubierto la tarea titánica a la que se enfrentan las Corporaciones de Colombia para el control de las actividades ilícitas. Evidentemente CODECHOCÓ no cuenta con las herramientas técnicas suficientes ni tampoco con la capacidad económica y de recurso humano para apoyo mínimo de operativos de identificación e incautación en entables mineros.

Lo anterior refleja que la mediana y la pequeña minería en el Chocó no tiene en la mayoría de los casos ningún tipo de autorización ambiental, pero el tamaño de la explotación ilegal supera la capacidad técnico administrativa de la CAR del Chocó trayendo como consecuencia una grave situación de descontrol de una actividad ilegal que genera gravísimos problemas ambientales.

Las limitaciones de CODECHOCÓ para controlar un territorio tan extenso en el que existen muchos problemas de vías de comunicación, genera altas dificultades para cumplir con el mandato constitucional de protección y sanción de las conductas que atentan contra el medio ambiente. Sin embargo, no es la única institución que padece de este problema, por otro lado la Agencia Nacional Minera que se creó mediante decreto 4134 de noviembre de 2011, buscó mejorar la eficiencia en la administración del recursos minero en Colombia pero igualmente también se ha posesionado con notables limitaciones para controlar la minería en general en Colombia.

Como se analizó anteriormente las alcaldías municipales de conformidad con lo establecido en la Ley 99 de 1993 y el Código de Minas, les corresponde efectuar el decomiso de los minerales que provengan de labores ilícitas e ilegales. Sin embargo durante la investigación no se obtuvo información sobre las sanciones impuestas o decomisos realizados por las alcaldías de los municipios que comprenden la zona del San Juan. Un factor determinante en la falta de control de la minería ilegal en estas zonas del Chocó, son los presuntos acuerdos entre las alcaldías y representantes de comunidades, quiénes autorizan a empresarios para que desarrollen su actividad extractiva sin el lleno de los requisitos legales de respeto y cumplimiento de la normatividad ambiental, lo que va en detrimento de la salud, la seguridad alimentaria y de vida de las poblaciones vecinas a las zonas y aún más el deterioro ambiental de la región.

Aunque la corporación regional cuenta con un sistema de Información ambiental, en donde se da un seguimiento de todos estos entables mineros, no existe una base de datos organizada dedicada a registrar la actividad minera en el Chocó, como actividad económica que genera ganancias comerciales y que afecta al medio ambiente. De acuerdo con el registro único de Infractores Ambientales del Ministerio del medio Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, de las sesenta infracciones registradas hasta el 2012 correspondiente a casos ocurridos en el departamento del Chocó, en lo que a minería ilegal se refiere, sólo un registro de infracción fue encontrado correspondiente al año 2011 y localizado en el municipio de Quibdó.<sup>40</sup> Bajo este contexto, es evidente grandes inconsistencias entre la

---

<sup>40</sup> REGISTRO ÚNICO DE INFRACTORES AMBIENTALES, Actualizado el 17 de agosto de 2012. Infracción, Numero 1195, radicado 2009-016, Infractor José Aldalino, C.C 3'549109, lugar, Quibdó,

información dada por la autoridad minera regional y los reportes de las autoridades nacionales sobre la actividad minera en el Chocó, pues ninguno de las 121 sanciones presuntamente impuesta en la región del San Juan aparecen el registro nacional de infractores ambientales.

### 3.2 Fiscalía General de la Nación, Seccional Chocó.

Por acuerdo entre Ingeominas, la Procuraduría, los ministerios de Minas y Medio Ambiente y la Fiscalía General de la Nación se expidió la Resolución 0-3438 de 2011 que creó en Colombia la Unidad Nacional de Fiscalías para perseguir Delitos contra Recursos Naturales y el Medio Ambiente. El objeto de esta unidad es adelantar la investigación de los delitos que afectan el derecho de todos los colombianos a un medio ambiente sano, o que de alguna manera deterioran o agotan injustificadamente nuestros recursos naturales. Esta Unidad tiene además la responsabilidad de ejercer las acciones pertinentes para obtener la reparación del daño social, económico y cultural causado por la comisión de esos ilícitos.<sup>41</sup>

Hasta la fecha esta unidad ha hecho ciertos avances en la investigación judicial por delitos ambientales, pero en el caso de la minería ilegal todavía no han sido muy efectivas las acciones realizadas por parte de esta unidad; la minería ilegal en el Chocó es el alimento de los grupos armados al margen de la ley, que se extienden por los corredores selváticos adoptándolos como puente de salida de sus negocios ilícitos. La presencia de actores armados se vuelve conveniente para los mineros. En la medida que funcionan como instrumento de seguridad ante extorsiones y despojos.

Con el Convenio 027 de 13 de agosto de 2007 el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, La Fiscalía General de la Nación, La Procuraduría General de la Nación y el INGEOMINAS, establecieron un acuerdo de trabajo mutuo con el objeto de aunar esfuerzos para el diseño e implementación de estrategias tendientes a la prevención, detección y sanciones que permita la erradicación de la minería ilegal en el territorio colombiano.<sup>42</sup> Durante la ejecución del Convenio 027 de 2007, se le asignó como competencia a la Fiscalía General de la Nación la lucha contra minería ilegal en Colombia para adelantar las investigaciones penales respectivas. Es claro, que la vigilancia y el control de la actividad minera debe ser un trabajo coordinado tanto de las autoridades ambientales como de los entes judiciales, esto debido a la magnitud de los impactos que genera su ejecución irracional e ilegal al ambiente y a la comunidad en general.

Para la presente investigación y teniendo en cuenta la información suministrada por la Fiscalía General seccional Chocó a través de derechos de petición impetrados durante la

---

Decomiso definitivo. Disponible en: <http://www.minambiente.gov.co/contenido/contenido.aspx?catID=991&conID=4473>

<sup>41</sup> FISCALIA GENERAL DE LA NACION, Nace Unidad Nacional de Fiscalías para perseguir Delitos contra Recursos Naturales y el Medio Ambiente, Boletín del 4 (enero de 2012) disponible en : <http://www.fiscalia.gov.co/colombia/noticias/nace-unidad-nacional-de-fiscalias-para-perseguir-delitos-contra-recursos-naturales-y-el-medio-ambiente/>

<sup>42</sup> Fuente: Convenio 027 de 13 de agosto de 2007 el Ministerio de Minas y Energía, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, La Fiscalía General de la Nación, La Procuraduría General de la Nación y el Ingeominas, República de Colombia (2007).

investigación (oficio 01333 del 13-10-2011 y 541 de 22 de Septiembre de 2011, oficio radicado 197 de 2 de Marzo de 2011), la situación de ilicitud por la explotación de recursos naturales en la región del San Juan es realmente preocupante. No existe un conducto comparable entre las cifras de investigaciones judiciales adelantadas en el San Juan y ejemplificadas en la Tabla 2, frente al número de procesos judiciales llevados a cabo en materia de minería ilegal sumado a la realidad sostenida con base a la ejecución de actividades mineras ilegales, que atentan contra el medio ambiente y que a la luz pública se configuran como hechos notorios en la región y sobre todo que inciden en el detrimento de la economía del departamento en general.

**Tabla 2. Investigaciones penales entre el año 2005-2011 por delitos por actividades mineras en la región del San Juan Departamento del Chocó.**

| <b>INVESTIGACIONES ADELANTAS POR LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN SECCIONAL CHOCÓ DE 2005-2011</b> |            |               |                            |                               |
|--|------------|---------------|----------------------------|-------------------------------|
| Ley 600 de 2000  | Previa     | Instrucción   | Tipo de Juzgamiento Juicio | Tipo de juzgamiento Condenado |
|  | 12         | 9             | 0                          | 0                             |
| Ley 906 de 2004  | Indagación | Investigación | Juicio                     | Condenados                    |
|  | 54         | 2             | 0                          | 0                             |

**Fuente: Oficio 01333 del 13-10-2011 Fiscalía General de la Nación.**

La impunidad por delitos ambientales en el Chocó tiene una cifra burlesca reflejando que hasta el año 2011, no se registraban personas condenadas, ni en reclusión en centro penitenciario. Ante esta situación, el argumento a debatir es cuan efectivas son las leyes penales colombianas cuando se refiere a delitos ambientales en especial cuando se trata de minería ilegal. Sin embargo, se debe resaltar que bajo la vigencia de la Ley 906 de 2004, incrementaron el número de investigaciones adelantadas aunque en su gran mayoría estén en etapa de indagación donde permanecen por términos prolongados. Bajo estas circunstancias, tanto la Fiscalía como entidad acusadora del Estado, y la Policía ambiental han centrado su labor en el acompañamiento técnico en los operativos Judiciales, ante lo cual se han visto limitados en la aplicabilidad de la norma y los convenios institucionales dirigidos a la penalización y judicialización de las conductas que se configuraran como delitos contra los recursos naturales en el caso concreto de la minería en el Chocó. Es por eso que en la región del San Juan la violación constante de la normatividad se ha convertido en un factor primordial para el financiamiento de actividades como el narcotráfico y el terrorismo. Bajo este punto de vista, y dadas las inconsistencia en los soportes numéricos relacionados mediante derechos de peticiones interpuestos ante CODECHOCÓ, se hace necesario que las autoridades judiciales agilicen las acciones en contra de este delito en la región del San Juan.

### **3.4. Papel de las comunidades étnicas en relación con la actividad minera Ilegal en la Región del San Juan.**

La ley 685 de 2001 en su artículo 121 dispone que todo explorador o explotador de minas está en la obligación de realizar sus actividades de manera que no vayan en desmedro de los

valores culturales, sociales y económicos de las comunidades y grupos étnicos ocupantes real y tradicionalmente del área objeto de las concesiones o de títulos de propiedad privada del subsuelo.<sup>43</sup>

La autoridad minera señalará y delimitará con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios.<sup>44</sup> También, las comunidades negras y grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en las zonas mineras declaradas dentro de su territorio. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales; por otro lado la concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos, y rendimientos y las condiciones, y como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad se establecerán por la autoridad que los gobierne. En el caso de las comunidades o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la su zona minera, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes con personas ajenas a ellos.<sup>45</sup> Para las comunidades negras la ley dispone que las obras y trabajos mineros se deberán ejecutar respetando y protegiendo los valores que constituyen su identidad cultural y sus formas tradicionales de producción minera.<sup>46</sup> Según la ya mencionada norma, este principio se aplicará en cualquier zona del territorio nacional donde se realicen los trabajos de los beneficiarios de un título minero, siempre y cuando estas áreas hubieren sido poseídas en forma regular y permanente por una comunidad o grupo negro. De igual manera la normatividad ambiental al respecto fija que dentro de los terrenos baldíos ribereños adjudicados por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria como propiedad colectiva de una comunidad negra, a solicitud de ésta, se podrá establecer zonas mineras especiales para la explotación. En estas zonas la autoridad concedente a solicitud de la autoridad comunitaria otorgará concesión como titular a la aludida comunidad y no a sus integrantes individualmente considerados. En la misma medida en que las comunidades indígenas, las comunidades negras de acuerdo a los preceptos de esta ley gozan del derecho de prelación para que la autoridad minera les otorgue concesiones sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera ubicada dentro de sus territorios.<sup>47</sup>

Según publicación de la Revista virtual de la coordinación Regional del Pacífico Colombiano:

“Desde el 2009 en el departamento, 38 comunidades indígenas están siendo afectadas por la explotación minera de forma irracional, no existe por parte de la Corporación Autónoma regional del Chocó CODECHOCÓ, un control ambiental para la incautación de las retro excavadora. Por parte de algunos alcaldes y miembros de las comunidades que no tienen la competencia para otorgar permisos de explotación, se

---

<sup>43</sup> Artículo 121 de la ley 685 de 2001.

<sup>44</sup> Artículo 122 de la Ley 685 de 2001, República de Colombia (2001)

<sup>45</sup> Ver artículos 124 a 136 del Capítulo XIV de la Ley 685 de 2001, República de Colombia (2001)

<sup>46</sup> Ver artículo artículo 130 de la ley 685 de 2001.

<sup>47</sup> Ver artículo 133

están realizando autorizaciones para que varios empresarios desarrollen sus actividades extractivas en detrimento de la salud, la alimentación, y el deterioro ambiental.”<sup>48</sup>

Esta situación no se aleja, a lo que a través de este trabajo se encontró en las comunidades acentuadas en la región del San Juan.

El principal problema de las comunidades frente a esta actividad es que no existe un protocolo o un conceso interno que encare la práctica de la minería por parte de las comunidades negras, indígenas, empresarios mineros, y las autoridades ambientales en regiones rurales como en muchos de los municipios de esta parte del Pacífico. Lo complejo de esta situación es que por un lado, ha sido difícil encontrar alternativas económicas compatibles con el medio ambiente; y de otro lado, las concesiones otorgadas a la mega minería han sido un problema grande que afecta la vida, el medio ambiente, el derecho al goce territorial y el derecho a decidir propios modelos de desarrollo de las comunidades ubicadas en la zona.<sup>49</sup> Por otro lado, El conflicto armado ha sido otro factor fundamental en la difícil situación de las comunidades étnicas que habitan en estas zonas del departamento el chocó.

La falta de acuerdo y de compromiso por parte de las comunidades para proteger su propio territorio se suma a los beneficios económicos individuales que se puedan obtener a favor de algunos líderes de ahí pues “los Consejos Comunitarios Mayores han intentado llegar a acuerdos con los mineros informales mecanizados basándose en el concepto de una compensación económica por los daños ambientales ocasionados”<sup>50</sup> En este caso, el control ambiental judicial de la Minería en el San Juan se ve limitado por la falta de herramientas técnicas y de aplicación de la ley penal procesal en muchos casos. En municipios como Istmina, Condoto o Unión Panamericana de la región del San Juan, la problemática se enfoca en que mucho de los territorios ocupados en su gran mayoría por comunidades están siendo afectado por la explotación masiva e irracional de los recursos mineros, en donde tanto los pobladores de la zona como las grandes multinacionales, hacen omisión constante a los procedimientos de obtención de permisos ambientales, bien sea por simple desconocimiento de la ley o por que los procedimientos administrativos no brindan las facilidades para acceder a un título minero de forma rápida.<sup>51</sup>

En general la minería toma una visión ilegal en su actividad. En las regiones el minero cree que con hacer la solicitud de licencia ambiental para la explotación minera, el permiso de los dueños de los terrenos, así como con la autorización por parte de los representante de algunos consejos comunitarios, se faculta para realizar sus trabajos de explotación,<sup>52</sup> desconociendo que está rompiendo los requisitos de las normas legales, ambientales y penales.

---

<sup>48</sup> IGLESIA CATÓLICA DEL PACÍFICO, ORGANIZACIONES ÉTNICOTERRITORIALES Y ONG, Pacífico territorio de etnias (2009) Revista Virtual Coordinación pacifico pg6. Disponible en : <http://convergenciacoa.org/files/Pacifico%20Territorio%20de%20Etnias.pdf>

<sup>49</sup>Ibidem

<sup>50</sup> SOTO Ana & SARMIENTO, Mariana, Pequeña minería en el Chocó, (Abril 22 de 2012) Blogpage, ultima vista el 12 de Julio de 2013, Disponible en: <http://razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/2908-pequena-mineria-en-el-choco.html>.

<sup>51</sup> Fuente: Codechocó, (comunicación personal, 10 de agosto, 2010)

<sup>52</sup> Fuente: Codechocó (comunicado personal 10 agosto de 2010)

## **6. Conclusiones.**

La inaplicabilidad procesal de los conductos normativos por parte de las autoridades ambientales a nivel local, hace inefectivo todo el aparato judicial establecido para la protección del medio ambiente en Colombia. Es clara la obligación legal de los agentes del sector público y privado de garantizar un efectivo cumplimiento, tanto en los derechos de las comunidades vulnerables por esta actividad, como de judicialización de los sujetos que quebranten el tipo penal. Es evidente que la comisión de delitos en contra de los recursos naturales como la minería ilegal en la Región del San Juan, es una situación permanente que se desarrolla bajo la mirada pasiva y permisiva de las autoridades locales, regionales, y nacionales, que se limitan a cumplir con los procedimientos técnicos establecidos en la norma, pero que en la realidad no han servido como herramienta controladora de las conductas punibles por partes de individuos habitantes de las zonas o en mucho de sus casos foráneos en estos territorios.

De acuerdo a los resultados que se encontró en la recolección de toda la información que desarrolla este estudio, hasta el momento es muy poca la incidencia y la efectividad de la norma que penaliza la minería ilegal como un delito, específicamente en el caso del Chocó, hasta el año 2011 no se había judicializado con pena este delito y en cuanto a las sanciones administrativas, son muy pocas las impuestas por las autoridades ambientales.

Ante las graves consecuencias que deja la comisión de la minería de manera ilegal e irracional se hace necesario diseñar una política minera nacional y local que sea clara y estructurada, que involucre de forma integral los aspectos ambientales, sociales, económicos, laborales, de salud pública y ocupacional que esta conlleva sobre todo en lo que respecta a la protección de comunidades y grupos sociales vulnerables que son los principales afectados en la comisión de este delito.

Es muy importante que se creen espacios locales y regionales de concertación sobre el ejercicio de la minería en la región. De igual manera, se requiere dar una verdadera descentralización a la autoridad que realiza el otorgamiento de los títulos mineros, es por ejemplo, garantizar que en el departamento haya presencia de una oficina delegada de la autoridad minera nacional, con la capacidad para recibir documentación y orientar a los solicitantes. Definir con claridad los procedimientos para la legalización de la minería de hecho o minería informal, con el debido cumplimiento de los parámetros ambientales es otro de los factores que merece total atención por parte del legislador.

## BIBLIOGRAFÍA.

Asociación de Cabildos Indígenas Emberas, Woounan, Tule, Katio y Chami. (2010). Informe sobre la Situación de los pueblos indígenas del Chocó-República de Colombia. Quibdó: Autores.

Boletín Informativo Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, (2010).

Corte Constitucional de Colombia. 2011. Sentencia C-366 de 2011. República de Colombia

Corte Constitucional de Colombia. 2001. Sentencia C-030 de 2008. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. 2001. Sentencia C-891 de 2002. República de Colombia.

Corte Constitucional de Colombia. 2001. Sentencia SU- 383 de 2003. República de Colombia.

Diagnóstico Situacional de la Minería Artesanal y en Pequeña Escala desarrollada por Afrocolombianos en Territorios Colectivos de Comunidades, Negras en el Chocó Biogeográfico Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacífico, (2004).

Gózales, Arguijos, a.t (2000), Delitos Ambientales. Centro interdisciplinario de Investigaciones. R

Guía Minero Ambiental Ministerio de Minas y Ministerio de Medio Ambiente. Recuperado el 10 de Agosto de 2011 en, <http://www.bvsde.paho.org/bvsacd/ciiemad/ambiente.pdf>.

Galvis, H.G. (2011) Sanciones penales para delitos contra recursos naturales, Recuperado el 3, Julio, 2012 de <http://www.kienyke.com/kien-escribe/sanciones-penales-para-delitos-contra-recursos-naturales/>

Herrea, F. (2010) Delitos y Contravenciones Penales Ambientales, Recuperado el 3, Julio, 2011 de <http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/2008/23-tomo>

Murata, D (2004). Sobre la Naturaleza Jurídica de los Delitos Ambientales. Recuperado el 20 de Julio de 2012, de [http://www.ecoportel.net/Temas\\_Especiales/Contaminacion/Sobre\\_la\\_Naturaleza\\_Juridica\\_de\\_los\\_Delitos\\_Ambientales](http://www.ecoportel.net/Temas_Especiales/Contaminacion/Sobre_la_Naturaleza_Juridica_de_los_Delitos_Ambientales),

Procuraduría General de la República de Colombia (2011). Informe preventivo sobre la minería ilegal en Colombia. Bogotá: Autores

República de Colombia. 1991. Constitución Política de Colombia 1991. Colombia.

República de Colombia. 1993. Ley 99 de 1993, Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el sector público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se reorganiza el Sistema Nacional Ambiental (SINA) y se dictan otras disposiciones. Gaceta Constitucional Santafé de Bogotá, D. C., 22 de diciembre de 1993. Colombia.

República de Colombia. 1993. Ley 70 de 1993, por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política. Diario Oficial No. 41.013, de 31 de agosto de 1993. Colombia.

República de Colombia. 2000. Ley 599 del 2000, Por el cual se expide el Código de penal Colombiano. Diario Oficial N° 44.097 de 24 de julio del 2000. Colombia.

República de Colombia. 2009. Ley 1333 de 2009, Por la cual se establece el procedimiento sancionatorio ambiental y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 47.417 de 21 de julio de 2009. Colombia.

República de Colombia. 2010. Ley 1382 de 2010, Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas, Ley INEXEQUIBLE, Sentencia C-366-11; Efectos diferidos por el término de dos (2) años. Colombia.

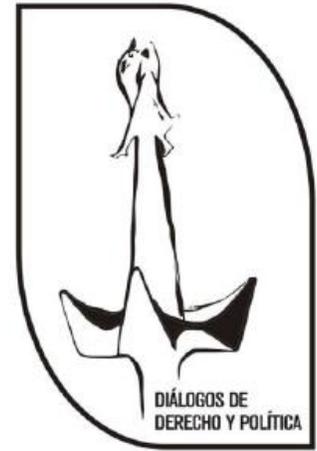
República de Colombia. 2011. Ley 685 de 2011, Por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N° 45273 de agosto 8 de 2003. Colombia.

República de Colombia. 2011. Ley 1453 de 2011, por medio de la cual se reforma el código penal, el código de procedimiento penal, el código de infancia y adolescencia, las reglas sobre extinción de dominio y se dictan otras disposiciones en materia de seguridad. 24 de junio de 2011. Colombia.

República de Colombia. 2007. Convenio 027 de 13 de agosto de 2007, Convenio interadministrativo tiene como objeto aunar esfuerzos humanos, técnicos y logísticos entre el Ministerio de Minas y Energía MME, el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial - MAVDT, la Fiscalía General de la Nación - FGN , la Procuraduría General de la Nación - PGN y el Instituto Colombiano de Geología y Minería - INGEOMINAS, para el diseño e implementación de estrategias tendientes a la prevención, detección y sanción que permita la erradicación de la minería ilegal en el territorio Colombiano. 13 de Agosto de 2007. Colombia.

República de Colombia. 2004. Ley 938 de 2004, Por la cual se expide el Estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación. 30 de diciembre de 2004. Colombia.

República de Colombia, Directiva Presidencial L001 (En Línea) 2010 (Acceso 26 de Junio de 2010) URL [http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2010/Directiva\\_Presidencial\\_01\\_de\\_2010.pdf](http://www.elabedul.net/Documentos/Leyes/2010/Directiva_Presidencial_01_de_2010.pdf).



# La configuración de la gobernanza en los países desarrollados.

Ana Victoria Vásquez Cárdenas

Abogada, Magíster en Ciencia Política, candidata a Doctora en Ciencia Política de la Universidad Autónoma de Barcelona. Profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Integrante de los Grupos de Investigación Gobierno y Asuntos Públicos y Centro Interacción. Correo electrónico: [anavictoriavasquez@gmail.com](mailto:anavictoriavasquez@gmail.com)

## La configuración de la gobernanza en los países desarrollados.<sup>1</sup>

La gobernanza constituye todavía uno de los conceptos más recientes en la Ciencia Política. Este nuevo concepto alude a la transformación del gobierno a partir de nuevas formas de relacionamiento entre lo público y lo privado. La gobernanza ha sido identificada como una situación alternativa al control jerárquico y al mercado. Se trata de un nuevo estilo de gobierno en el que opera la negociación y un mayor grado de cooperación entre actores públicos y privados que se organizan a través de diversas estructuras, entre ellas las que más se destacan son las redes de carácter mixto (Mainz, 1998).

En el fondo, la gobernanza constituye una nueva forma de ejercicio de la política. Usualmente se destacan en las prácticas de gobernanza la interdependencia, la confianza mutua, las relaciones horizontales, los objetivos comunes (Rhodes, 2011). Nuevas formas de regulación como la coordinación, la cooperación, la negociación, la persuasión y la búsqueda de consensos, reemplazan el control y el mando jerárquico.

Este artículo se ocupa de mostrar los modos de emergencia de la gobernanza en los países desarrollados. Con este fin refiere a los principales aspectos que en ellos han sido entendidos como expresiones de la gobernanza. El artículo aborda en primer lugar el caso británico, cuyo análisis ha dado lugar a la escuela anglosajona de la gobernanza; luego presenta los principales estudios comparativos sobre la emergencia de la gobernanza que dan cuenta del estudio de la configuración de la gobernanza en los países desarrollados. Con posterioridad examina distintos elementos que se resaltan por los estudios de gobernanza como expresiones de dicho fenómeno. Finalmente se presentan las conclusiones del artículo.

### 1. La emergencia de la gobernanza en el caso británico.

Al indagar por la configuración de un determinado fenómeno existe el riesgo de incluir dentro de una narrativa generalista y totalizante desarrollos políticos y económicos que corresponden a diversas experiencias de distintos países. Sin embargo, en el caso de la gobernanza es necesario reconocer que el caso del Reino Unido fue paradigmático en proceso de configuración, a tal punto que su estudio dio lugar a la escuela anglosajona de la gobernanza, en la cual han tenido el papel más relevante Rod Rhodes (1992, 1997, 2007, 2011) y Gerry Stoker (1998, 2000, 2004, 2011).

El gobierno conservador de M. Thatcher, iniciado en 1979, lideró un proceso de transformación de largo tiempo, que tuvo resonancia en todo el mundo. La transformación empezó en su gobierno ante la constatación de la crisis del Estado de Bienestar y debido a las razones que se atribuyeron a tal crisis, razones centradas en la percepción de ineficiencia del Estado. Las medidas tomadas transformaron básicamente a la administración pública como pasa a verse.

---

<sup>1</sup>Artículo de investigación, producto del proyecto Gobernanza en instancias de interacción y articulación entre el municipio de Medellín y el departamento de Antioquia, 2004-2011, inscrito ante el Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI- de la Universidad de Antioquia.

Las burocracias sufrieron un proceso de fragmentación y sustitución, pues los actores privados fueron involucrados en la provisión de servicios. Los mecanismos adoptados fueron de diversa índole: privatización, contratación externa, creación de mercados internos y creación, directamente por el gobierno central, de agencias públicas no electas (Stoker, 2004). Para algunos, el proceso de transformación impulsado por los conservadores fue propiciado a través de la centralización del poder en el gobierno central en lugar que por la descentralización local (Jouve, 2005).

Al llegar el Laborismo al poder, en 1997, fue continuado el esquema mixto de prestación de servicios públicos. Particular relevancia tuvieron, en ese sentido, los partenariados, asociaciones entre los sectores público, privado y comunitario, consistentes en arreglos colaborativos que ponen en común recursos, riesgos y competencias. Esta figura fue considerada como esencial para la política de “tercera vía” del nuevo Laborismo, buscando vencer la ineficiencia de la burocracia y la inequidad del mercado y solucionar así los problemas resultantes de las medidas adoptadas por los Conservadores.

Los partenariados fueron promovidos como un modelo adecuado para la elaboración de políticas públicas y la prestación de servicios. También fueron considerados como mecanismos importantes para la modernización del gobierno y la renovación democrática. Este tipo de estructuras suele tener distintos alcances y cubrir un amplio rango de asuntos: la regeneración urbana, servicios para jóvenes y niños, seguridad comunitaria, empleo, educación, sostenibilidad ambiental y cuidado de la salud. Constituyen una clara expresión de la oficialización de las redes de políticas públicas (Lowndes y Sullivan, 2004).

Otra característica del caso inglés, fue el acento en el papel del liderazgo de las autoridades locales respecto de los distintos intereses existentes en las municipalidades. Además el énfasis en la separación del planteamiento de objetivos y la deliberación, a cargo de los políticos, por una parte, y la gestión por otra, a cargo de agencias especiales.

En cuanto a la participación, puede notarse la evolución en su concepción: las administraciones Conservadoras impulsaron la intervención del público en relación con la evaluación de los servicios públicos locales y el empoderamiento de los ciudadanos como clientes. Por su parte, el Nuevo Laborismo reinterpretó la participación ciudadana con propósitos más dirigidos al desarrollo comunitario y a la creación de capital social. El involucramiento del público fue visto como mecanismo para asegurar la correspondencia entre servicios y necesidades locales y más profundamente, como una condición clave para obtener mayor legitimidad democrática.

La experiencia británica evidencia, entre finales de los años noventa y los primeros años de este siglo, un incremento sustancial en el número y tipo de iniciativas de participación no electorales en el nivel local. La participación ha sido considerada como un valor en sí misma, pues se estima como una condición necesaria para la renovación democrática y para la construcción de capital social (Lowndes y Sullivan, 2004; Skidmore, Bound, Lownsbrough, 2006).

Para resumir esta mirada al caso británico podemos retomar a Rhodes (2007), quien afirma que el concepto gobernanza describe dos aspectos en el proceso de transformación estudiado: por una parte el cambio proveniente de la fragmentación causada por las reformas de la década del ochenta o de la integración que en la década del noventa intentó

mejorar la coordinación entre los departamentos de gobierno y las múltiples organizaciones creadas, y por otra, interpreta específicamente el cambio del modelo jerárquico de gobierno Westminster<sup>2</sup>, que dejó de ser aceptable. En tal contexto, agrega, la literatura sobre gobernanza examina de qué manera la autoridad informal de las redes complementa y suplanta la autoridad formal del gobierno. Por consiguiente, explora los límites del Estado y busca desarrollar una visión más diversa de la autoridad y de su ejercicio (Cf. Rhodes, 2007: 1246-1247).

## **2. Estudios comparativos sobre la gobernanza en el mundo desarrollado**

Entre las investigaciones que han indagado si en otros países se ha experimentado también un proceso de transformación que haya dado lugar a la gobernanza como en caso británico, sobresalen dos trabajos comparativos, uno realizado por John Pierre (2001)<sup>3</sup> y otro que reúne contribuciones de distintos autores, cuya publicación tiene como editores a Bas Denters y Lawrence E. Rose (2005)<sup>4</sup>.

En las dos investigaciones se prueba la hipótesis de que el proceso de transformación del gobierno local se produjo no solo en el caso británico, sino en diversos países de Europa Occidental y del mundo desarrollado, pese a la preexistencia de sistemas de gobierno local diferentes. En una línea parcialmente similar, Le Galès (2002) sostiene que las transformaciones constitutivas del paso del gobierno tradicional a la gobernanza se expresan en dos tendencias: diferenciación dentro de los países, especialmente de las ciudades, y procesos de convergencia entre los Estados y entre ciudades de diferentes Estados.

En el trabajo de John son comparadas seis componentes o dimensiones de la gobernanza: surgimiento de regímenes urbanos<sup>5</sup>, efectos de la europeización, aplicación de medidas de nueva gestión pública, formación regional, reformas al ejecutivo y renovación democrática.

---

<sup>2</sup> Los rasgos que tradicionalmente han distinguido el modelo Westminster se centran en las ideas de: estado unitario, soberanía parlamentaria, gabinete de gobierno fuerte, rendición de cuentas ministerial, control del ejecutivo por parte del partido mayoritario y oposición institucionalizada (Rhodes, 2007: 1249). A estas características Rhodes opone los desafíos de una política diferenciada (differentiated polity) impuestos por la gobernanza, que representan cambios en la especialización funcional y territorial del gobierno británico. Estos desafíos derivados de la multiplicación de las redes como consecuencia de la mercantilización, y del aumento de la interdependencia internacional, implican la reducción o vaciamiento de la capacidad del ejecutivo central. La política diferenciada, en su criterio (Rhodes, 2007: 1258), abre fuentes de exploración para examinar el carácter sectorial de la hechura de políticas públicas, las estructuras de gobierno mixtas, la coordinación central, la descentralización respecto de los territorios constitutivos del Reino Unido y el aumento de la diplomacia intergubernamental. Además permite desarrollar una renovada mirada de las relaciones entre sociedad civil y autoridad estatal.

<sup>3</sup> Los países comparados por John en el grupo del norte son Dinamarca, Finlandia, Irlanda, Holanda, Noruega, Suecia y Reino Unido. En el grupo del sur Bélgica, Francia, Grecia, Italia, Portugal y España. Y como grupo de los híbridos tienen en cuenta a Alemania y Suiza.

<sup>4</sup> Los países objeto de análisis en la investigación de Denters y Rose fueron Francia, Italia, Bélgica, Holanda, Países Nórdicos, Polonia, Alemania, Suiza, Reino Unido, Nueva Zelanda, Australia y Estados Unidos.

<sup>5</sup> La noción de régimen urbano proviene de Clarence Stone, el concepto refiere a coaliciones o arreglos colaborativos que buscan que los propósitos públicos en las ciudades sean construidos y sostenidos (Stone, 1989, 1993).

John encontró que toda la gama de transformaciones estudiadas por él han tenido en el Reino Unido un nivel alto. En tanto, Holanda, Alemania y España tienen ese nivel de transformación en algunas dimensiones pero en otras no. El patrón norte-sur, de los tipos de gobierno local en Europa, se rompe hasta cierto punto; en tanto los cambios no se replican de manera coherente en todas las dimensiones<sup>6</sup>. Así, por ejemplo, los efectos de la europeización no responden al patrón norte-sur (John, 2001). Mientras en los países del norte predomina la tendencia de ser medianamente europeizados, siendo el Reino Unido el país altamente europeizado, en el grupo del sur algunos países tienen baja europeización, otros países media y España alta. La formación de regiones, según John, se sitúa con mayor intensidad en el sur, pues la mayor parte tiene un nivel alto, mientras sólo el Reino Unido en el grupo del norte lo posee.

Tanto la adopción de la nueva gestión pública, como las reformas al ejecutivo y la renovación democrática, muestran la tendencia a ser más intensas en el norte que en el sur. Pero de nuevo el patrón se rompe, debido a que tanto España como Italia, en estos aspectos, muestran niveles más altos.

Ahora, en cuanto a los países del grupo híbrido, Alemania y Suiza, el primero muestra tendencias altas en la mayoría de aspectos analizados mientras en el segundo predomina el nivel bajo de transformación.

Aunque la mayoría de los países que analiza John muestran tendencias de movimiento hacia la gobernanza, en su criterio no es posible delinear un solo camino de desarrollo. En otras palabras, la gobernanza toma varias formas de acuerdo a cada país y municipalidad, sin que pueda afirmarse la existencia de un patrón uniforme.

Por su parte, Denters y Rose, tienen en cuenta dos conjuntos de tendencias de cambio. En el primer conjunto, relativo a tendencias en materia de las responsabilidades del gobierno local y de sus estructuras, son empleadas cuatro dimensiones para comparar los países: rango de responsabilidades, nueva gestión pública, partenariados y fortalecimiento del ejecutivo o alcalde. En el segundo conjunto se tienen en cuenta las tendencias de cambio en cuanto a la democracia local, esta vez relativas a las dimensiones: democracia representativa y participación electoral, nuevos modos de involucramiento ciudadano y democracia plebiscitaria.

En la investigación grupal de Denters y Rose es ratificada la conclusión de John, pero se hacen algunas matizaciones. Advierten que las tendencias relativas a la introducción de las medidas de la nueva gestión pública y la configuración de partenariados público-privados han sido bastante uniformes, pese a que con tales etiquetas puedan ser nombradas prácticas diferentes, o que en ocasiones, tales transformaciones tengan sólo expresión retórica.

En lo que sí advierten mayor variedad, es en las estrategias de participación de asociaciones locales organizadas, actores privados y ciudadanos en los partenariados de políticas públicas, en las formas de involucramiento ciudadano y en los procesos de transformación de la democracia representativa tradicional. Consideran que no existen patrones uniformes

---

<sup>6</sup> John toma como marco de referencia el patrón de distinción de Page y Goldsmith (1987) de acuerdo con el cual, en los países del norte de Europa, las unidades subnacionales tienen un alto grado de funciones o responsabilidades a cargo, un alto grado de autonomía y un grado bajo de acceso, por parte de sus políticos al gobierno central; mientras que en los países del sur opera lo contrario en las tres dimensiones.

de cambio que permitan hacer una distinción entre países del norte y del sur, o entre países con sistema unitario o federal.

No obstante tratarse de investigaciones efectuadas en distintos países, y con parámetros parcialmente diferentes, es posible, a partir de las contribuciones de las dos obras mencionadas y de las de otros autores, delinear los contornos del proceso de transformación del gobierno local tradicional a la gobernanza, como se apreciará en el siguiente apartado.

### **3. El proceso de transformación: del gobierno a la gobernanza.**

En esta aproximación incluiré sólo las dimensiones que considero como más relevantes, algunas de las cuales podrían también evaluarse en contextos diferentes a los del mundo desarrollado.

#### **3.1 Cambios en las responsabilidades a cargo.**

Como resultado de la declinación y detración del Estado nación, del aumento de complejidad, de los requerimientos de la globalización, del aumento de demandas sustantivas por parte de la ciudadanía, y del incremento del sentido de responsabilidad por parte de los gobiernos locales frente al bienestar de sus comunidades (Denters y Rose, 2005), entre otros posibles factores, los Estados y los gobiernos, en sus distintos niveles, se han visto forzados a adaptar sus políticas y adoptar otras nuevas para hacer frente a los desafíos impuestos. Estos procesos inciden en una dinámica de redefinición y redistribución de responsabilidades. Es así como las municipalidades, en los países desarrollados, han visto aumentar las funciones a su cargo, y por consiguiente, el margen de acción a través de la producción de políticas públicas.

La ampliación de responsabilidades y funciones a cargo de los municipios y por ende, la asunción de mayor protagonismo de los poderes locales, rompe el modelo de Estado dual descrito por Saunders (1979). Según tal modelo, en las décadas posteriores a la segunda guerra mundial, en el marco del Estado Bienestar Keynesiano, existió en Europa una división de roles entre los Estados centrales y las municipalidades; esta implicaba, que los primeros se encargaran a través de mecanismos neocorporativistas de la regulación de la producción y de la gestión de intereses de clases, mientras las segundas, con funciones altamente operativas, tuvieran a cargo las políticas sociales y la prestación de servicios públicos, en un esquema universalista y de baja complejidad.

Los distintos procesos de cambio con incidencia en lo económico, social, cultural y espacial, empujaron durante las últimas décadas a una redefinición de las agendas de políticas públicas en cabeza de las localidades en varios frentes.

La crisis económica y del empleo, derivada de la des-industrialización hizo necesario que los gobiernos locales cambiaran su actitud pasiva y sujeta a los dictámenes del Estado central y tuvieran que asumir la promoción económica, las funciones relativas a la garantía de la competitividad e incluso estrategias para tratar el paro, como asuntos a su cargo (John 2001, Goldsmith, 2005). Característica que en el caso del gobierno de las ciudades se acentúa mucho más (Le Galès, 2002; Borja y Castells, 2004, Brugué y Gomá, 1998).

Borja y Castells destacan cómo la asunción, por parte de las ciudades, de funciones económicas, que las convierte en protagonistas económicos, es un fenómeno que también ha ocurrido en las ciudades asiáticas, donde la fórmula ha consistido “en la velocidad de innovar del tejido de pequeñas y medianas empresas articuladas con grandes empresas en red respecto al exterior y con el poder político en relación al interior”, a este le corresponde cumplir “funciones de información y promoción y garantizar el ordenamiento y la prestación de servicios del sistema ciudad, puesto que lógicamente el tejido económico y el tejido urbano se confunden” (Borja y Castells, 2004: 141). Sin embargo, consideran que el modelo seguido ha sido diferente al europeo, en razón de que, el primero ha sido desarrollado a partir de bajos costes generales, pero con altos costes sociales.

En general, ni en la dimensión sociocultural, ni en la espacial, aparecen propiamente nuevos sectores de políticas públicas a cargo de las localidades, pero sí surgen nuevas presiones que determinan la necesidad de que las políticas sean adaptadas. Así, por ejemplo, la exclusión social determinó el énfasis en políticas más focalizadas (Brugué y Gomá, 1998), las características de las ciudades posindustriales en términos de fragmentación socio-espacial, degradación, obsolescencia de usos del suelo, así como la revalorización del territorio como factor de competitividad, determinaron el énfasis en políticas de regeneración urbana.

El aumento de responsabilidades a cargo de los municipios obviamente plantea la cuestión de hasta qué punto estos cuentan con suficientes recursos, financieros y de otra índole, para asumirlas con solvencia. Se trata de una preocupación incluso presente en Europa occidental, pese a tratarse de países desarrollados (Denters y Rose, 2005). Visiones optimistas y pro-activas como las de Borja y Castells (2004), que son las propias de la gobernanza, muestran las posibilidades que abre el trabajo conjunto por un proyecto de ciudad definido colectivamente, en tanto permite involucrar recursos de una gran cantidad de actores comprometidos.

### **3.2 Aumento de la autonomía.**

Bajo los esquemas políticos tradicionales, los gobiernos locales habían sido considerados sólo como proveedores de servicios públicos y se les otorgaba un papel residual. Pero en las últimas décadas aumentaron las posibilidades de autodeterminación, bien sea por vía de reformas institucionales formales, tales como procesos de descentralización, o incluso de facto, sin que existiera un soporte formal que así lo indicara. De manera concreta, la revalorización de las ciudades incidió en esta ampliación de los márgenes de la autodeterminación.

En la investigación de Denters y Rose encontraron que, en la mayoría de los países analizados, se concede a las municipalidades un poder de competencia general, que las habilita para asumir iniciativas de políticas públicas en todas las áreas que no son excluidas explícitamente, o de exclusiva responsabilidad de otro nivel de gobierno (Denters y Rose, 2005). Uno de los casos que constituyen una excepción es Estados Unidos, donde no se otorga tal competencia general a los gobiernos locales. No obstante, allí opera, en muchos estados, un alto grado de independencia de las municipalidades respecto de los otros niveles de gobierno, debido a las reglas locales y a una considerable autonomía fiscal.

En el mundo contemporáneo la cuestión de la autonomía de las autoridades locales no es sólo un asunto respecto del Estado nación. Esto lo deja claro Le Galès, cuando enfatiza que lo primordial ahora, es la capacidad de los territorios para convertirse en actores colectivos dentro de la gobernanza europea. Asuntos como si los gobiernos de las ciudades pueden mejorar las condiciones de vida de sus habitantes, tener capacidad para determinar su desarrollo o garantizar la integración social, conciernen ciertamente con la autonomía, pero no solamente respecto del Estado, sino también respecto de otros niveles de gobierno, otros territorios y otros actores de la sociedad civil (Le Galès, 2002). En tal contexto, como sostiene el mismo autor, la cuestión de la autonomía no tiene mucho sentido, salvo que esté vinculada a la cuestión de la cooperación entre actores y entre niveles, incluido claro está, el Estado.

De esta manera cobra relevancia destacar el discurso pro-activo que se inscribe en la gobernanza: Borja y Castells (2004), consideran importantes varios principios en la construcción de autonomía local: proximidad, de acuerdo con el cual las ciudades y los entes territoriales deben poder ejercer todas aquellas competencias y funciones, que no sea necesario ejercer por su propia naturaleza, en ámbitos más amplios; capacidad, para que las ciudades puedan asumir o atribuirse competencias si generan recursos políticos, económicos, sociales o técnicos que les permitan asumirlas eficazmente; concertación, que da prelación a las relaciones contractuales sobre las jerárquicas para lograr la articulación entre administraciones públicas en sus distintos niveles y respecto de los agentes privados, y finalmente: diversidad, que partiendo de las diferencias entre ciudades plantea que también lo sean en su organización y competencias. Un interesante punto de reflexión es, hasta qué punto la adopción de estas recomendaciones como principios de actuación, requiere de reformas de índole normativa en la distribución de competencias respecto de las entidades territoriales, o lo que está mostrando la emergencia de la gobernanza, es precisamente, que ya se han venido adoptando de facto.

### **3.3 Redistribución de autoridad, interdependencia y gobierno multinivel.**

Los procesos de globalización y de integración europea han tenido distintos efectos concernientes con la gobernanza. Implican transformaciones para los Estados y sociedades nacionales, pero también tienen consecuencias directas sobre las unidades territoriales, sobre las ciudades y respecto de los actores dentro de ellas.

Tales procesos tienen manifestaciones particulares en la redistribución de autoridad y en las relaciones intergubernamentales, vertical y horizontalmente. En particular, el proceso de integración europea ha generado varios centros de autoridad en competencia y formas de interdependencia que favorecen la autonomía de las ciudades (Le Galès, 2002), incremento de las redes de políticas públicas, así como gran movilización de las unidades subnacionales en general (John 2001).

La producción de políticas públicas, que constituye la forma de integración europea de carácter informal (a diferencia de la firma de los tratados), es de gran complejidad, debido a la inclusión de múltiples actores. El término gobernanza multinivel precisamente intenta describir tal sistema, en el que operan diferentes actores y niveles de autoridad (Morata, 1999).

Hay dos áreas de actividad de la Unión Europea que inciden en la transformación de las relaciones intergubernamentales en forma relevante (Goldsmith, 2005), y por consiguiente, en la consolidación de la gobernanza multinivel. Por una parte, las actividades relativas a la expedición de regulaciones y directrices, que ha implicado la sujeción de los gobiernos subnacionales a las determinaciones tomadas desde Bruselas. Y por otra parte, las políticas de cohesión y el empleo de fondos estructurales, que tienen varios efectos de índole vertical y horizontal: en búsqueda de financiación para sus proyectos, las localidades, ciudades o regiones, muchas veces interactúan directamente con Bruselas, o son obligadas o alentadas a trabajar conjuntamente con otras unidades subnacionales o con actores extrainstitucionales. De esta manera, el trabajo en partenariat, como principio de actuación en materia de fondos estructurales, sumado al principio de subsidiariedad, determinan cambios en las relaciones intergubernamentales (Goldsmith, 2005).

En síntesis, el supuesto subyacente de la gobernanza dentro de la órbita de la Unión Europea, pero incluso más allá de ella (en otros países desarrollados en los que se ha experimentado la transformación, obviamente sin el mismo alcance), es que en el nuevo escenario las relaciones entre los niveles de gobierno dejan de estar determinadas por la jerarquía y la distribución funcional de competencias (Blanco, 2004; Brugué, et al, 2002), para pasar a operar en un marco de intercambio e interdependencia, en el que las responsabilidades son compartidas y la autoridad tradicional es reemplazada por la gestión de redes, la influencia y la concertación.

### **3.4 Cambio institucional y efectos de la aplicación de la nueva gestión pública.**

En todos los países objeto de análisis en la investigación de Denters y Rose, han sido adoptadas, en mayor o menor grado, las medidas de la nueva gestión pública. Los desarrollos cubren un amplio margen de posibilidades: la producción y prestación externa de servicios, la introducción de contratos de gestión, el establecimiento de agencias o compañías independientes del ejecutivo local, la privatización, la separación entre política y administración, el énfasis en la orientación al cliente, entre otras.

Es posible afirmar que el tipo de reformas y el alcance de las mismas, muestran variaciones de país a país, dependiendo de factores locales y nacionales; y en particular, según el rol jugado por los estados y los gobiernos nacionales. Por ejemplo, en Estados Unidos, Suiza y Alemania, las reformas han sido impulsadas por iniciativas locales; en cambio, en el Reino Unido, Nueva Zelanda y algunos de los estados australianos, las reformas han sido más bien dictadas por el Estado o el gobierno central.

Como advierte John, las consecuencias de la adopción de las recetas de la nueva gestión pública son de gran calado (John, 2001): la disolución de organizaciones establece incentivos para la aparición de redes informales internas; la creación de micro-agencias multiplica el número de redes organizacionales; la contratación externa de servicios hace involucrar los intereses privados en la toma de decisiones; la complejidad de la toma de decisiones aumenta en un contexto institucional fragmentado; opera la pérdida del control directo por los tomadores de decisiones sobre la implementación de sus políticas, lo que significa que la vida interna de las organizaciones se hace más inestable y su ambiente

externo más incierto. Se trata, en síntesis, de un entorno propicio para la configuración de la gobernanza.

Finalmente, también es necesario tener en cuenta en la transformación institucional que supone la instalación de la gobernanza, el cambio de los instrumentos empleados por las administraciones locales. En general, estos se mueven hacia formas más indirectas de control e influencia, basadas en la regulación y contractualización, en lugar que en la intervención directa (Goldsmith, 2005: 245). La cooperación voluntaria ocupa un lugar más central que antes y la unilateralidad de las decisiones estatales se desdibuja.

### **3.5 El Impulso del liderazgo.**

En el gobierno local tradicional la toma de decisiones que afectaban a toda la colectividad local estaba concentrada en los concejos municipales y la ejecución de las decisiones competía al gobierno local. Con la transformación hacia la gobernanza, los asuntos locales cada vez más involucran los esfuerzos de variadas agencias, asociaciones público privadas y redes de políticas públicas que atraviesan las fronteras institucionales formales. Ello determina la necesidad de nuevos roles a cargo de los gobiernos locales para evitar problemas resultantes, tales como la fragmentación, el incremento de la complejidad e incluso la anarquía.

La investigación de Denters y Rose (2005) encontró que para evitar problemas de la índole mencionada y ampliar la capacidad de acción de las municipalidades, en términos de efectividad y decisión, en muchos de los países estudiados se han empleado dos tipos de remedios:

En primer lugar, para lograr racionalizar las operaciones internas y lograr una articulación con las externas, se han empleado instrumentos de gestión que permiten la medición y evaluación de las ejecuciones, por ejemplo a partir de contratos de ejecución en las que se establece una relación entre agente y principal, en los que el agente se compromete a dar cumplimiento a las metas establecidas.

Otro tipo de remedios se concentran en el fortalecimiento del ejecutivo local. Entre las diversas estrategias empleadas está la profesionalización y el aumento de responsabilidades, pero la más destacada es la elección directa de los alcaldes. Denters y Rose, hallaron que hay varios argumentos centrales que han conducido a que los diferentes países analizados opten por el fortalecimiento del ejecutivo, especialmente de la posición del alcalde: se considera que puede ser una solución para la departamentalización burocrática; que puede favorecer el liderazgo comunitario y de manera particular la constitución de regímenes urbanos exitosos y finalmente, que la elección directa de alcalde, en particular, aporta beneficios democráticos, esto es, incrementa el interés público y la concurrencia en torno a la toma de decisiones locales, así como mejora la rendición de cuentas del ejecutivo local.

Por su parte, John (2001) enfatiza la centralidad de los líderes en el contexto de fragmentación, complejidad y rápido cambio de políticas en que está inmersa la gobernanza. Existe una tensión entre diversidad y coordinación que no puede ser

solventada a través de las soluciones normalmente adoptadas por los alcaldes o por los partidos gobernantes.

Los gobiernos locales han sido sometidos a diversas presiones en los últimos años: las reformas de la prestación de servicios que ha supuesto la aplicación de la nueva gestión pública, el aumento de responsabilidades y de organizaciones en los gobiernos subnacionales a raíz de la europeización, las políticas de austeridad fiscal y la detracción del Estado central, el aumento de la competencia con respecto a otras fuentes de autoridad con incidencia en lo local, la transformación económica de las ciudades ante el declive industrial, los cambios en la cultura política que implican mayor pluralismo, surgimiento de nuevos movimientos sociales y el ingreso de nuevos intereses al escenario local.

Estas presiones determinan que se requiera la construcción de un marco de referencia para el trabajo conjunto. Esta es, ante el nuevo panorama, la tarea que se espera sea cumplida a través del liderazgo. Se cree que el liderazgo puede contribuir a que sean recreadas las identidades locales y los sentidos de propósito común (John, 2001). Por lo anterior, específicamente en materia de gobernanza urbana, dos conceptos están conectados con el liderazgo: el rol promotor que estipula para los gobernantes urbanos, como impulsores del resto de actores políticos, sociales y económicos en un proyecto común de ciudad, y de manera consecuente, la promoción de esta como resultado de ese proyecto común y como medio para alcanzar su desarrollo.

Es importante anotar que la constitución de liderazgos no es un asunto que dependa solo de la existencia de factores personales. Pese a que el carisma y la capacidad de persuasión sean herramientas importantes, las estructuras institucionales, las formas de organización de los partidos y de la competencia política, y la cultura política local, inciden tanto en el fomento de los tipos de liderazgo, como en la generación de capacidad de gobierno (John: 136 y 152). Y finalmente, es necesario enfatizar que el liderazgo es una noción ligada a la gestión de redes, el rol de líder constituye una de las expresiones más claras del gobierno en red, uno de cuyos planos es la gestión, como ejercicio del tipo peculiar de poder ejercido sobre las redes implícito en la idea de gobernanza.

### **3.6 Transformación de la democracia local.**

El paso del gobierno local tradicional a la gobernanza también ha implicado la transformación del funcionamiento de la democracia local. En el modelo tradicional el concejo local ocupaba una posición esencial, pues los concejeros en tanto representantes del pueblo eran los responsables de trasladar las demandas y necesidades de la comunidad, para crear las normas y decisiones que luego serían implementadas por el ejecutivo. Denters y Rose (2005), retomando a Dearlove (1973), especifican tal esquema como la “cadena de mando electoral”.

Este modelo de democracia ha sido desafiado en varios frentes. Por una parte, la participación política electoral y orientada por partidos políticos ha declinado en las últimas décadas; la mayoría de los países analizados en el estudio de Denters y Rose (2005) mostraban tasas de participación electoral bajas o con tendencia a disminuir. Por otra parte, la ciudadanía tiende a buscar otros canales distintos a los electorales para manifestar sus opiniones y demandas. Adicionalmente el incremento de la fragmentación en los asuntos de

competencia local cuestiona la existencia de autoridades que actúen por propósitos generales.

Los nuevos canales de participación son de diversa índole. La llamada “gobernanza participativa” (Lowndes, 2007: 10), es un modelo que prioriza el involucramiento de ciudadanos ordinarios en la toma de decisiones o en la elaboración de políticas públicas, situación reconocida como co-decisión o co-gobernanza, y/o en la prestación de servicios públicos, incluyendo a los beneficiarios de un servicio en la prestación del mismo, esto es, “co-producción”. Tal concepción está inspirada por modelos normativos de democracia directa y tradiciones comunitarias que privilegian la toma de decisiones participativas por consenso sobre los modelos representativos. Otros mecanismos se concentran en la rendición de cuentas respecto de la prestación de servicios, lo cual implica que la ciudadanía ejerza funciones de control que antes no tenía a cargo (desde visiones críticas ello se enmarca en la exacerbación de la sociedad del control y la vigilancia).

Es necesario anotar que en lo que tiene que ver con participación en procesos de toma de decisiones, la influencia de la ciudadanía respecto de la decisión final, puede diferir de un mecanismo a otro. Mientras en unos casos la participación es de carácter meramente consultivo, en otros la participación es de carácter decisorio y por consiguiente, tales procesos de gobernanza encajan de manera más contundente dentro del concepto de democracia directa.

En algunos casos los mecanismos dan prioridad a las organizaciones, mientras en otros, dan a la participación personal, en esta última situación, en ocasiones se busca la representatividad de los participantes respecto de ciertos colectivos, en otras no (Font, 2001).

Lo cierto en toda esta oleada de nuevos canales de participación, es que la democracia se ha hecho más evidente y más activa (Le Galès, 2002). Se expresa tanto en términos de consulta, decisión, rendición de cuentas, como movilización y acción colectiva. La innovación y la experimentación democrática se han convertido en una regla de la política local (Le Galès, 2002)

### **3.7. Preponderancia de la dimensión relacional, configuración de la díada pública-privada.**

Finalmente he querido denominar de una manera genérica una gran gama de relaciones, que emergen con fuerza como el rasgo central y casi definitorio, del paso del gobierno local tradicional a la gobernanza. La actual díada pública-privada para el tratamiento de los asuntos públicos tiene expresión en redes, partenariados, coaliciones, regímenes, alianzas, organizaciones cuasi-privadas o semipúblicas, acuerdos de colaboración, relaciones colaborativas, mesas de trabajo... en un largo etcétera.

Tal repertorio constituye el fruto de diversos procesos de cambio: es resultado de las reformas introducidas en las administraciones públicas, uno de cuyos ejemplos son las medidas de la nueva gestión pública adoptadas y específicamente, la privatización. Pero también es un producto derivado de la transformación del modelo económico, de la declinación del Estado, del proceso de globalización, del aumento de la complejidad en las

responsabilidades a cargo de los gobiernos locales y de la necesidad de incluir actores diversos para tratarla, en fin.

Este tipo de relaciones están hoy vigentes en casi todas las áreas de políticas públicas. Tienen especial importancia en materia de desarrollo económico, debido a que son requeridos esfuerzos mancomunados para impulsar la economía local y garantizar la competitividad de las ciudades. Como señalan Denters y Rose, lo típico es que estos esfuerzos impliquen la estrecha cooperación entre la comunidad empresarial y el gobierno local. Es necesario recordar que no todos encuadran en la noción de régimen urbano delineado por Stone (1989, 1993), dada la existencia de contextos diferentes que los propician o no.

De manera particular John destaca como el énfasis en la competencia económica y las reformas institucionales revitalizaron las relaciones político-empresariales, de modo que los partenariados públicos privados se convirtieron en un elemento esencial de la gobernanza (John, 2001). Dando incluso lugar a la emergencia de coaliciones de largo término, que son centrales para la elaboración de políticas públicas en muchas localidades de Europa Occidental.

La configuración de estos arreglos de larga duración, son más comunes en el grupo del norte de Europa, pero sobresale el caso de España dentro del grupo del sur, con la tendencia a configurar coaliciones público privadas ligadas a la renovación de sus ciudades.

En general, estos tipos de relación que cubren una amplia gama como mencioné antes, al parecer surgieron para quedarse; según se puede avizorar en el panorama, teniendo en cuenta su presencia en la mayoría de los países desarrollados. Muestran diversas formas de interdependencia, que, teóricamente, podría ir desde lo sistémico hasta lo personal (cuando lo determinante es un actor específico), y se articulan con base en recursos diferentes a los del gobierno tradicional: influencia en lugar de coerción, regulación y control en lugar de intervención, coordinación en lugar de mando.

#### **4. Conclusiones.**

La gobernanza es uno de los conceptos más recientes en la ciencia política, identifica un fenómeno relativo a nuevas formas de interacción y articulación de actores pertenecientes a diversos sectores, es decir tanto públicos como privados. Mientras entre los actores públicos puede tener presencia autoridades de distintos sectores de la administración y niveles de gobierno, en el sector privado pueden estar incluidos actores con distintos orígenes e intereses: económicos, comunitarios, académicos, entre otros. Tal articulación e interacción entre los distintos sectores y actores tiene lugar a través de variadas estructuras y mecanismos: redes, partenariados, arreglos institucionales, acuerdos, instancias y espacios de participación.

En general, la transición del gobierno a la gobernanza responde a un conjunto de factores o condiciones interrelacionadas, que han transformado el contexto de gobierno y por ende, la acción política. Como se pudo constatar en este artículo la emergencia de la gobernanza en los países desarrollados se ha expresado como un proceso de cambio complejo, integrado por distintas dimensiones que incluyen aspectos políticos, pero también otros con un claro

acento económico. Una tarea todavía pendiente en América Latina es la realización de estudios comparativos que permitan examinar: cómo ha tenido lugar la configuración de la gobernanza en distintos países y si hay coincidencias o no con los procesos vividos en los países desarrollados.

## BIBLIOGRAFÍA.

Borja, J. y Castells, M. (2004). *Local y Global. La Gestión de las Ciudades en la Era de la Información* (7ª. ed.). Madrid: Santillana. Brugué, Q. y Gomà R. (Coords) (1998). *Gobierno Local y Políticas Públicas*. Barcelona: Ariel.

Denters, B. y Rose, L. (Eds.) (2005). *Comparing Local Governance. Trends and developments*. New York: Palgrave Macmillan.

Font, J. (Coord.) (2001). *Ciudadanos y Decisiones Públicas*. Barcelona: Ariel.

Goldsmith, M. (2005). *A New Intergovernmentalism?*. En B. Denters y L. Rose, (Eds). *Comparing Local Governance. Trends and developments*. New York: Palgrave Macmillan.

John, P. (2001). *Local Governance in Western Europe*. Londres: Sage.

Jouve, B. (2005). *Cuestiones sobre gobernanza urbana*. Barcelona: Fundació Carles Pi i Sunyer.

Le Galès, P. (2002). *European Cities. Social conflicts and governance*. Oxford: Oxford University Press.

Le Galès, P. (2002). *European Cities. Social conflicts and governance*. Oxford: Oxford University Press.

Lowndes, V. (2005). *Something old, something new, something borrowed . . . How institutions change (and stay the same) in local governance*. *Policy Studies*, 26 (3): 291-309.

Lowndes, V. y Pratchett H. (2008). *Public policy and social capital*. En D. Castiglione, J. van Deth, y G. Wolle (Eds.) *The Handbook of Social Capital* (pp. 677-707). Oxford: Oxford University Press.

Lowndes, V. y Sullivan H. (2004). *Like a Horse and Carriage or a Fish on a Bicycle: How Well do Local Partnerships and Public Participation go Together?*. *Local Government Studies*, 30, (1), 51–73.

Mayntz, R. (1998). *New Challenger to governance theory*. Jean Monet Chair Paper RSC No. 98/50. Traducido al castellano en A. Cerrillo i Martínez (2005). *La Gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.

Rhodes, R. (1997). *Understanding Governance*. Londres: Open University Press.

Rhodes, R. (2000). *Governance and public administration*. En J. Pierre (ed.) op. cit. (pp. 54-90).

Rhodes, R. (2006). *Policy network analysis*. En M. Moran, M. Rein y R. E. Goodin (Eds.) *The Oxford handbook of public policy* (pp. 423–445). Oxford: Oxford University Press.

Rhodes, R. (2007). *Understanding Governance. Ten years on*. *Organization Studies*, 28, 1243.

Rhodes, R. (2011). *Waves of Governance*. En D. Levi-Faut. *The Oxford Handbook of Governance*. Oxford: Oxford University Press.

Stone, C. (1989) *Regime Politics: Governing Atlanta 1946-1988*. Lawrence: University Press of Kansas.

Stone, C. (1993). Urban regimes and the capacity to govern: a political economy approach. *Journal of Urban Affairs*, 15 (1), 1-28.

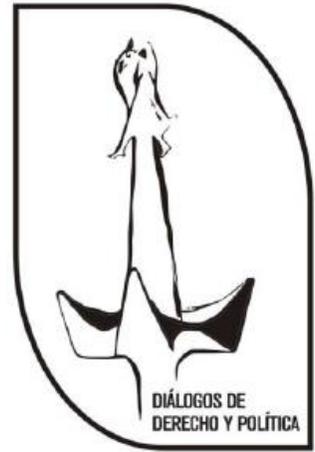
Stone, C. (2005). Looking back to look forward. Reflections on urban regime analysis. *Urban Affairs Review*, 40 (3), 309-341.

Stoker, G. (1998). Governance as theory: five propositions. *International Social Sciences Journal* 155, 17-28.

Stoker, G. (2000). Urban Political Science and the Challenge of Urban Governance. En J. Pierre (ed.) *op. cit.* (pp. 91-109).

Stoker, G. (2004). *Transforming Local Governance*. Basingstoke: Palgrave Macmillan.

Stoker, G (2011). Was Local Governance such a good idea? A global comparative perspective. *Public Administration* 89 (1), 15-31.



---

**La diferenciación derivativa-funcional de la  
jurisprudencia constitucional para su determinación  
como fuente formal de derecho.  
(Argumentos para la consolidación de una decisión  
del Tribunal Constitucional de Colombia)**

---

**Jorge E. Barajas**

Abogado de Universidad Pública Colombiana; ghost writer en derecho y otras disciplinas;  
corrector de estilo. Correo-e: [utopiatomasmoro@gmail.com](mailto:utopiatomasmoro@gmail.com)

### **Nota preliminar:**

En el presente escrito se usa el nombre de “Tribunal Constitucional” como sinónimo de “Corte Constitucional” por lo siguiente: al parecer el primer uso de la palabra “Corte” en la administración, está relacionado con la *monarquía*. Sabido es (y no es éste el espacio para ahondar en tales detalles) que la depuración del lenguaje es vital en la configuración del imaginario y de la psiquis colectiva (v. entre otros, la “Genealogía De La Moral” de Nietzsche); siendo Colombia un Estado *Republicano*, y estando en época de bicentenario (2010-2019), es justo hacerle este pequeño homenaje (el de reemplazar en este escrito la palabra “corte” por “tribunal”) a las mujeres y hombres que hicieron posible la independencia de Colombia.

### **Resumen.**

En el presente artículo se proponen nuevos conceptos jurídicos (“*La diferenciación derivativa-funcional*”) y argumentaciones inéditas que eventualmente pueden ser útiles en otros países en donde aún no se ha dado este necesario e importante paso hacia el reconocimiento de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho. No está de más recordar que éste no es un artículo sobre la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho, sino básicamente sobre *La diferenciación derivativa-funcional* de la jurisprudencia constitucional (para su determinación como fuente de derecho).

Palabras clave: precedente judicial, jurisprudencia constitucional, fuentes del derecho, Corte Constitucional, sentencia c 634 de 2011.

# La diferenciación derivativa-funcional de la jurisprudencia constitucional para su determinación como fuente formal de derecho. (Argumentos para la consolidación de una decisión del Tribunal Constitucional de Colombia)

## I. Justificación:

Esta argumentación *a posteriori* que se ofrece en el presente artículo,<sup>1</sup> es justificada y *necesaria* por varias razones: PRIMERO: la Sentencia es relativamente reciente y por ello es necesario proseguir en su comentario. Además hay operadores jurídicos que a este momento (agosto de 2013) no la conocen. SEGUNDO: en consecuencia con el anterior punto, es necesario y útil no dar por terminada la discusión al respecto, pues muy probablemente ella, en este caso, contribuye a la consolidación de la decisión del Tribunal Constitucional. TERCERO: la discusión política (y a veces auténticamente jurídica) sobre los alcances, las competencias y la, en algunos casos, supuesta *extralimitación de funciones*<sup>2</sup> de los tribunales Constitucionales, muy seguramente siempre estará a la orden del día, siempre será un tema vigente (Por lo menos mientras existan estos tribunales y existan en las sociedades visiones políticas encontradas), y en cuanto al caso colombiano, aún se escucha una que otra voz lamentarse por esta decisión del Tribunal Constitucional en la que se reconoce a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho (Sentencia C-634/11). CUARTO: en el presente artículo se proponen nuevos conceptos jurídicos (“*La diferenciación derivativa-funcional*”) y argumentaciones inéditas que eventualmente pueden ser útiles en otros países en donde aún no se ha dado este necesario e importante paso hacia el reconocimiento de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho. No está de más recordar que éste no es un artículo sobre la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho, sino básicamente sobre *La diferenciación derivativa-funcional* de la jurisprudencia constitucional (para su determinación como fuente de derecho), por lo tanto, sobre la discusión al respecto de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho, solo se abordarán los aspectos dialecticos que el autor encuentra necesarios para el presente trabajo, o los elementos ineludibles para la contextualización del tema.

A pesar del afortunado fallo en la Sentencia C-634/11, que finiquita (en Colombia) la discusión respecto de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, puesto que la reconoce como tal, el presente artículo se justifica no solo por el factor de consolidación de la decisión jurisprudencial anotada en el subtítulo (proceso éste inherente a toda decisión judicial), sino porque además había un **grave error en la argumentación** que se oponía oficial y extraoficialmente al reconocimiento de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho;<sup>3</sup> es de vital importancia dar a conocer y discutir ese

---

<sup>1</sup> *A posteriori* teniendo en cuenta que aparentemente la Sentencia C-634/11 dirime la discusión sobre la aceptación de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho... sin duda la dirime desde el punto de vista técnico, judicial, pero también sin duda la discusión continuará, como ha continuado, en el campo doctrinal.

<sup>2</sup> De lo que fue acusado informalmente el Tribunal Constitucional colombiano por su comentada Sentencia C-634/11.

<sup>3</sup> Ese error en la argumentación, que hasta donde se sabe no había sido planteado antes como tema de discusión, se enunciará, se explicará y se pretenderá rebatir en el presente artículo.

grave error en la argumentación, ya que, entre otras cosas, existe una prioridad en el derecho que no es ajena al sistema jurídico colombiano, y es, como dice la misma Sentencia C-634/11 “[...] *la exigencia que las decisiones judiciales cumplan con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, que (a) incorporen todas las premisas obligatorias para la adopción de la decisión [...]*”<sup>4</sup> Si bien lo anterior, como se observa, lo predica el tribunal Constitucional de la actividad judicial, se considera, como ya se anotó, que este “*discurso racional*” con un mínimo de rigor en la selección y uso de las respectivas premisas, es una prioridad del derecho en general, y no solo de los jueces; en consecuencia el anterior enunciado podría leerse así: *se hace necesaria la exigencia que la argumentación jurídica cumpla con las condiciones propias de todo discurso racional, esto es, entre otros aspectos, que incorpore todas las premisas obligatorias para la adopción del debate y éste se fundamente en razones sustantivas, objetivas, necesarias y suficientes*. Y si algo es evidente en el grave error argumentativo que se discutirá aquí, es que la argumentación por parte de quienes se oponían al uso de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, dejaba mucho que desear como “*discurso racional*”. Ese grave error en la argumentación (y en el cual cayeron algunos juristas acuciosos [cuyas grandes cualidades profesionales están por sobre ese lapsus]), debe hacer reflexionar sobre la calidad del debate jurídico en Colombia, y por ello se justifica con creces este artículo y cobra plena vigencia mientras subsistan dichos yerros argumentativos...<sup>5</sup> Ahora, esto no significa de ninguna manera que no haya en Colombia un debate jurídico de altura, lo hay, pero también hay a veces algunos errores recurrentes (y esto no solo se ve en Colombia): uno de ellos es el apego al “*argumento de autoridad*”:<sup>6</sup> el argumento de autoridad en materia jurídica no es menos importante (¡Y útil!) que, por ejemplo, en la física,<sup>7</sup> pero a veces pareciera que los abogados olvidan que la física avanza no porque la comunidad científica se reúna en congresos internacionales a aplaudir las leyes y las teorías establecidas, sino precisamente cuando se las refuta (falsacionismo). Frecuentemente es un deleite intelectual y profesional leer argumentos de autoridad como los de los magistrados colombianos,<sup>8</sup> pero no debe creer el gremio de los abogados que

---

<sup>4</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634/11 (Sin negrilla ni subraya en el original).

<sup>5</sup> Es claro que hacer un debate académico de altura no es fácil, y quizá menos en materias como el derecho, que debe tener la fiabilidad de la ciencia; la riqueza de la filosofía; la prudencia de la enseñanza derivada de la historia; pero también el arrojo y la valentía (razonada, valga aclararlo) de la prospectiva, y finalmente la presentación (o cuando menos la apariencia) del arte... quizá algunos se sorprenderán con esto último, pero sin lugar a dudas, un argumento impecablemente construido, tanto por su rigor académico, por su agudeza intelectual, como por su posible elemento *creativo*, guarda indudablemente cierto parentesco con una obra de arte.

<sup>6</sup> Sobre el argumento de autoridad véase: WESTON, Anthony. Las claves de la argumentación. Traducción Jorge F. Malem Señá, Blanca Ribera de Madariaga [de la actualización]. 10ª edición. Bogotá: Editorial Planeta, marzo de 2009. pp. 55-65.

<sup>7</sup> Sin embargo, hay o debe haber una diferencia relativamente sustancial entre el argumento de autoridad en las ciencias exactas y en las “ciencias” sociales (a las que pertenece el derecho), puesto que no puede negarse que el grado de especulación en el derecho es más elevado que en las ciencias exactas; esto quizá por el innegable componente filosófico que frecuentemente transversa al derecho. Si juristas, abogados y operadores jurídicos no tienen en cuenta esta diferencia ontológica entre uno y otro argumento de autoridad, es altamente factible que se presenten errores y abusos en su uso.

<sup>8</sup> Gerhard Masur, sin duda un gran investigador a pesar que pueda diferirse y hasta controvertirse algunas afirmaciones de su obra biográfica “Simón Bolívar”, en esa misma obra señala (en uno de los capítulos finales) cómo desde los tiempos de la independencia la Nueva Granada era vista como un país de grandes abogados. Es evidente que la Nueva Granada gozaba de gran prestigio intelectual respecto de las otras

magistrados y doctrinantes gozan, como los papas, del don la infalibilidad...<sup>9</sup> De este modo se observa que a veces, por cuenta del argumento de autoridad, un yerro toma fuerza en una disciplina o en una sociedad, no porque muchos estén convencidos de ello, sino más bien porque muchos están apegados al yerro inicial de uno (alguien que explícita o implícitamente está investido de la aureola de “autoridad intelectual”). No hay que olvidar a Weston cuando al respecto del argumento de autoridad dice: “[...] *confiar en otros resulta, en ocasiones, un asunto arriesgado. [...] Las supuestas autoridades pueden conducirnos a error o quizás estén equivocadas ellas mismas, o pasan por alto parte del panorama global.*”<sup>10</sup> Dado que el argumento de autoridad no es el tema central del presente artículo, se pone punto final a este paréntesis con la siguiente anotación, con miras a aportar a la solución del problema: en las facultades de derecho colombianas, debería darse a conocer a los estudiantes el excelente ensayo de William Ospina titulado “La mosca de cuatro patas”; el ensayo es de algunas tres páginas, pero para el tema que nos interesa podemos resumirlo en el siguiente fragmento: “*En alguna parte leí que durante más de mil años la mosca doméstica tuvo cuatro patas, por la sencilla razón que así lo había dicho Aristóteles. Como Aristóteles era el sabio indiscutido y la autoridad indudable, durante más de mil años nadie se tomó el trabajo de mirar a las moscas. De pronto, a finales de la edad media, alguien vio con alarma una mosca de seis patas, una mosca que se atrevía a contrariar la verdad aristotélica, y se armó una gran confusión.*”<sup>11</sup>

## II. Preámbulo

### Conceptos De Fuente Y Fuente Formal Del Derecho.

Como preámbulo a la contextualización del tema, se citan sucintamente algunos conceptos de fuente y fuente formal del derecho (del derecho objetivo):

Eduardo García Máñez define a la fuente formal [del derecho] como: “[...] *procesos de creación de las normas jurídicas.*”<sup>12</sup> Bobbio da la siguiente definición de fuentes del derecho: “*Son aquellos hechos o aquellos actos de los cuales el ordenamiento jurídico hace depender la producción de normas jurídicas.*”<sup>13</sup> El profesor Marco Fonseca Ramos,<sup>14</sup> luego del trabajo citacional de varios connotados juristas internacionales, a cerca del concepto de

---

colonias españolas, recuérdense las palabras de Pablo Morillo respecto de los fusilamientos de 1816: “España no necesita sabios” (Se refería a los sabios neogranadinos que iban a ser fusilados) Nota: quizá en esa situación (la Nueva Granada como un “país” de grandes abogados), unida a la frase “*El hombre de las leyes*” que Bolívar dijera respecto de Santander (frase sin duda sacada de contexto por los seguidores de este último) está la causa de **el mito** de Santander como gran jurista.

<sup>9</sup> El asunto (Tan curioso, y de cierto modo tan “envidiable” para intelectuales y científicos) tiene su origen en la Constitución *Pastor aeternus* (18 de julio, 1870), una de las dos promulgadas por el Concilio Vaticano I.

<sup>10</sup> WESTON, Anthony. *Op. cit.* p.56. Nota: en el caso del error argumentativo que se discutirá aquí, se dio exactamente eso: no se tenía en cuenta la totalidad del panorama global.

<sup>11</sup> OSPINA, William. La mosca de cuatro patas. *En:* Utopía del habitar urbano: diez estrategias para el control social de la gestión pública [VV.AA]. Veeduría Distrital de Bogotá. 1996, p.404.

<sup>12</sup> GARCÍA M. Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México. Edit. Porrúa. 32 ed. [s.f.]. ISBN 968-432-176-7. p. 51.

<sup>13</sup> BOBBIO, Norberto. *Teoría General Del Derecho*. Bogotá. Editorial Temis 1987, p.158

<sup>14</sup> v. “Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva constitución”. *En:* Revista De Derecho [Online], Universidad del Norte [Colombia]. Número 1, 1992, pp. 32-45.

fuerza formal del derecho y de fuentes del derecho concluye: “Fuente formal del derecho es, entonces, sinónimo de norma jurídica [...]”;<sup>15</sup> y casi seguidamente anota: “[...] fuente formal es la norma en sí; pero, además, es el hecho, acto o proceso de su creación”<sup>16</sup>

### III. Introducción.

Para entrar en materia, es necesario iniciar el presente artículo con la siguiente aclaración:

Por mucho tiempo en los sistemas jurídicos de muchos países (incluido Colombia), no se consideró a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho (y aún hay países en donde no es reconocida), ello tenía como causa, entre otras, un asunto absolutamente obvio y que los teóricos del derecho que controvertían<sup>17</sup> a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, no tenían en cuenta: la “argumentación” de estos contradictores tenía como fundamento principal (A veces expreso, a veces tácito) el que la *doctrina clásica* (alguna de ella decimonónica) y el código civil colombiano (sancionado el 26 de mayo de 1873) no contemplaban a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho. Era más que obvio que no la contemplaran pues esas teorías y normas son previas a la existencia de tribunales Constitucionales;<sup>18</sup> así, cambiaron los tiempos, fueron transformándose los sistemas jurídicos de muchos países, surgieron los Tribunales Constitucionales y los contradictores de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho seguían atrincherados en las obsoletas doctrinas clásicas sobre las fuentes formales del derecho...<sup>19</sup>

Para el caso colombiano, no era, como se creía comúnmente (incluso también por parte de algunos avezados juristas) que la jurisprudencia Constitucional no constituía fuente de derecho (puesto que era reconocida como criterio auxiliar,<sup>20</sup> y ello, aunque mínimo, le permitía cierto margen de maniobra), la discusión real acá era que *formalmente* aún no se había reconocido como fuente de derecho. Con esto se empieza por poner de relieve una clara y enorme dicotomía, en lo que a este tema respecta, entre la teoría jurídica, y la práctica judicial en Colombia, esto es: afirmar que la jurisprudencia Constitucional no era fuente de derecho, era una afirmación tan *in abstracto* como afirmar que la jurisprudencia no es ley (Más adelante se aborda esta última afirmación). Y era una afirmación *in abstracto* porque se hacía “sin conexión con la realidad”, ya que lo que la realidad mostraba era que en la práctica judicial colombiana (y en algunos casos hasta en la práctica jurídica) la jurisprudencia tenía *fuerza de ley*, es decir: era (y es) ley desde el punto de vista *funcional*, y de otra parte, por esto mismo, con más frecuencia que infrecuencia los jueces se atenían a la jurisprudencia (y no solo la Constitucional) como si fuera una de las otras

---

<sup>15</sup> FONSECA, Marco. *Op. cit.* p. 33.

<sup>16</sup> *Ibíd.*

<sup>17</sup> Y aún lo siguen haciendo en algunos países, pero también en Colombia, aunque en menor medida debido a la Sentencia C-634/11 que reconoció un hecho jurídico que venía dándose por parte de algunos operadores jurídicos, como era el de la aceptación de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho.

<sup>18</sup> Como es de público conocimiento, en Colombia el origen de la “Corte Constitucional” se dio con la Constitución de 1991.

<sup>19</sup> Este desatino, aunque injustificable, es comprensible: es oficio y a veces problema común de los abogados el de basarse únicamente en lo escrito.

<sup>20</sup> Art. 230 de la C.P.

fuentes del derecho formalmente reconocidas. Evidentemente: la tendencia de algunos jueces a acogerse sabiamente a la jurisprudencia Constitucional, era un hecho que se desenvolvía en el *espacio* (Colombia) y el *tiempo* (a partir de la Constitución de 1991, y más concretamente, podría decirse, que eso se dio a medida que el honorable Tribunal Constitucional fue “fijando la Constitución” a través de su facultad interpretativa y su labor jurisprudencial). En otras palabras, algunos operadores jurídicos habían desarrollado una suerte de “*punto de vista interno*” en términos hartianos. Como se recuerda, el punto de vista interno “[...] *es el elemento que nos permite distinguir entre estar obligados a hacer algo [...] y tener la obligación de hacer algo*”;<sup>21</sup> de este modo, los jueces no estaban obligados, *normativamente* hablando,<sup>22</sup> a acogerse a la jurisprudencia Constitucional (cuando había lugar a ello) y así darle un trato de “fuente formal del derecho”, pero sentían la obligación de hacerlo. Esto guarda relación con lo siguiente: Robert Alexy sabía que la pregunta de “¿Qué es lo debido?” era inherente al juez, y es esta pregunta lo que explica el que valerosamente algunos jueces hubieran reconocido en su práctica profesional a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho; así, la opción de algunos jueces de acogerse a la jurisprudencia Constitucional (y por ello, de hecho, hacerla fuente de derecho) no era exacto con la teoría jurídica (más exactamente con la doctrina), pero había dos cosas de invaluable peso a su favor: sí era conforme con la práctica jurídica y además era justo.

#### **IV. El positivismo jurídico como antecedente del problema.**

Sobre los antecedentes en relación con la sentencia C-634/11 y su decisión de aceptar a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, podría escribirse mucho y mencionarse una gran variedad de elementos, sin embargo se abordará aquí lo más esencial y útil para el desarrollo del tema concreto de este escrito.

Se mencionó (*supra*) que los detractores de reconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho lo hacían aún a pesar de la evidente transformación del sistema jurídico colombiano, como es el caso de la promulgación de una nueva Constitución y el surgimiento del Tribunal Constitucional. La nueva Constitución implicó nuevos paradigmas en muchos aspectos, pero es de reconocer que no es solo el paradigma constitucional lo que estaba detrás de esa resistencia al cambio que le impedía a algunos reconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, era también una arraigada tradición jurídica positivista; tan arraigada que algunos juristas se atreven a calificar de “*indudable característica positivista*” la naturaleza del sistema jurídico nacional. La siguiente sentencia de la sala de casación penal de la Honorable Corte suprema de Justicia es más que pertinente para el asunto en cuestión, pues aborda al mismo tiempo el tema del positivismo del sistema jurídico colombiano y el asunto importante del presente trabajo como es las fuentes del derecho. Esa sentencia es del 4 de junio de 2002.<sup>23</sup> En esa sentencia se afirma: “*La naturaleza del sistema jurídico nacional es de indudable*

---

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. 4ª reimpresión. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2002. [Colección Nuevo Pensamiento Jurídico]. ISBN 598-665-004-9. p.32.

<sup>22</sup> Se hace aquí la diferenciación entre la *obligación normativa* (que entusiasma tanto a los positivistas) y la *obligación jurídica*, que es la que debe tener presente un verdadero jurista, y que por tanto, tiene en cuenta la integralidad y la complejidad del sistema jurídico.

<sup>23</sup> M.P. Dr. Carlos Mejía Escobar

*característica positivista.*”. Es muy probable que detrás de ese bagaje positivista que trasluce la frase anteriormente citada, estén las siguientes normas en donde se habla del asunto de las fuentes del derecho, en ellas no se menciona a la jurisprudencia Constitucional... ¡Como era obvio! pues no existía la “Corte Constitucional” (como se verá, algunas normas son del siglo antepasado); alguna de ellas son: **Artículo 5 de la ley 57 de 1887; Artículo 4º del C.C.; Artículos 4º, 5º y 37, numeral 8, del C. de P.C.; 8º y 13º de la ley 153 de 1887.** Ahora: ¿es tan cierto que “*La naturaleza del sistema jurídico nacional es de indudable característica positivista.*”? Sin duda el positivismo ha permeado al sistema jurídico colombiano, pero de ahí a afirmar, como se desprende indirectamente de la afirmación de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, que esa es la principal característica de la naturaleza del sistema jurídico colombiano, es algo que, con todo respeto, vale la pena revisar, aunque sea muy someramente; véase, por ejemplo, el preámbulo de la Constitución:

*“El pueblo de Colombia,*

*en ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente:”*

¿Quizá lo más “positivista” de la Constitución sea la invocación de “*la protección de Dios*”? ¿O quizá sea la mención de los principios de “*justicia*”, de “*igualdad*” o de “*libertad*”? (Es algo difícil imaginar a Kelsen hablando de la “*justicia*” no como aparato o rama del poder estatal, sino como principio Constitucional o como valor ético [Es decir, en parte y de cierto modo: “*justicia material*”]), muy seguramente lo más “indudablemente positivista” del preámbulo de la Constitución Política de Colombia sea su exhortación de garantía de un “*orden político, económico y social justo*”... parece que el preámbulo de la Constitución no aclara la duda que se siembra en el presente artículo respecto de la “indudable” característica positivista del sistema jurídico colombiano... quizá el artículo 1 de la Constitución ayude a despejar esa duda:

*ARTICULO 1o. Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.*

¿Quizá la mención cenital que el constituyente hizo del principio de “*dignidad humana*” como elemento fundamental del Estado es la prueba reina del carácter “indudablemente positivista” del sistema jurídico colombiano?... Está de más decir que con lo anterior (Con la cita del preámbulo y del artículo 1 Constitucional) se ha planteado un sarcasmo para llevar casi a una *Reductio ad absurdum* el concepto de positivismo, pues como se sabe, significa todo lo contrario de los principios que se acaban de mencionar y que están contenidos tanto en el preámbulo de la Constitución como en su artículo primero, y es claro que no solo hay principios iusnaturalistas en esta parte de la Constitución sino también en

muchos otros apartados. Por esto en el presente trabajo se considera que no es del todo cierto o exacto afirmar que el sistema jurídico colombiano es de “indudable característica positivista”, puesto que hay principios y contenidos (expresos unos, tácitos otros) indudablemente ius naturalistas en la Constitución política. En esa misma sentencia, de la honorable Corte Suprema de Justicia y hablando de la Ley se afirma: “A su imperio exclusivo obliga la Constitución a los jueces atar sus providencias (artículo 230)” olvida la sentencia, y quienes juiciosamente la citaban para justificar el apego ciego a la ley, que la Constitución misma es ley, y no cualquier ley, sino “ley de leyes”. Tal vez sea acertado afirmar que así como Hart decía que “lo que la Constitución dice es derecho”,<sup>24</sup> hay suficientes razones para sentenciar válidamente que “lo que el tribunal Constitucional dice es la Constitución”. Si se está de acuerdo con esto, si “lo que dice la Corte Constitucional es la Constitución”, y si se tiene en cuenta que la Constitución es ley de leyes, entonces el acato a la jurisprudencia Constitucional en la resolución de un conflicto sometido al escrutinio del juez, es también otra forma que tenía y tiene el operador judicial para ajustarse y someterse al “imperio de la ley”, y no, como se creía erróneamente, que era un modo de evadirlo. Sobre esto es necesario comentar que en algunos casos se llegó al absurdo de plantear la *vía de hecho* en los jueces que se atenían a la jurisprudencia Constitucional: vale decir, y no con base a la Sentencia C-634/11, sino con base en el análisis integral del sistema jurídico colombiano (lo que significa que esto debió tenerse en cuenta antes de la mencionada sentencia) que no hay *vía de hecho* cuando un juez se acoge a la jurisprudencia Constitucional, porque al hacerlo no está imponiendo de facto su capricho (lo que sí daría lugar a la *vía de hecho*), sino que, todo lo contrario, está *sometiéndose* a lo razonado por una instancia superior, legítima y legalmente constituida que a su vez ha procedido conforme a derecho. Así, para tachar de *vía de hecho* la actuación del juez en estos casos, sería necesario que además de otros requisitos, la decisión jurisprudencial acogida por el juez, sea ella misma una *vía de hecho*.<sup>25</sup>

La comentada sentencia de la Corte Suprema de J. hace una especial (y reiterada [*passim*]) mención al tema del carácter soberano de la ley. Aquí no se pone en duda el carácter soberano de la ley, pero surge una pregunta: ¿acaso sí se puede poner en duda el carácter soberano de la ley de leyes, es decir, de la Constitución? Evidentemente la sentencia de la CSJ no entra en este cuestionamiento, pero lo que se quiere poner de relieve con esta mención es que la invocación del carácter soberano de la ley por parte de la sala de casación penal de la honorable Corte Suprema de Justicia era inocua para la discusión jurídica del problema (las fuentes del derecho), puesto que la Constitución (y por ello mismo la jurisprudencia derivada de ella ¡y conforme a ella!) es tan soberana (si no más, pues téngase en cuenta que deriva *directamente* del constituyente primario) como la ley misma, la cual proviene del congreso, y este a su vez ejerce una soberanía *delegada*. De esta forma, tal vez no es equivocado afirmar que el principio de soberanía contenido en el Contrato Social de Rousseau y aplicado a una Constitución Política, no es en nada más débil que el principio de soberanía contenido en el Espíritu de las Leyes de Montesquieu (en quien tal vez esté inspirado el respetable discurso de la honorable Corte cuando habla de la soberanía de la ley) y aplicado a las leyes (o más concretamente al senado), si así

---

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ, *Op. cit.* p.27.

<sup>25</sup> Se aclara que en algunos casos puede presentarse *vía de hecho* aún cuando la jurisprudencia acogida por el juez no constituya ella misma *vía de hecho*.

fuera, si sería válido (y pertinente) entrar en la discusión del carácter soberano de la ley para dirimir el problema jurídico discutido en la sentencia.

Ahora, la opinión pública, o incluso profesionales del derecho suelen confundir la *representatividad* con la *soberanía*, y en tal virtud no faltaría quien pretenda objetar alegando que es más “soberano” el congreso, que está compuesto de cientos de miembros, que el Tribunal Constitucional que está compuesto por un puñado de juristas. No cabe duda de que los congresos suelen ser más *representativos* que las altas cortes, pero de ello no puede desprenderse que necesariamente sean más soberanos. Al hipotético objetor habría que responderle que no es el número de miembros lo que hace más soberana o menos soberana a una corporación, que la soberanía de una institución depende de que derive sus atribuciones y facultades de la soberanía popular, y esto se da en la medida en que sean *órganos constitucionales* representativos, así las cosas, un tribunal Constitucional es tan soberano como un congreso, y en consecuencia, sus actos conforme a la Constitución y a la ley, no son simples actos de magistratura, sino verdaderos actos de soberanía. Ahora, quizá sea acertado afirmar que la legitimidad de esos órganos constitucionales en gran medida depende de la interpretación que hagan del que por principio es el más soberano de los documentos de un país, como es su Constitución Política. Muchas veces en Colombia, como en otros países del mundo, sucede que los congresos toman decisiones que no solo no son soberanas (¿No es esa una de las causas de la grave crisis del agro colombiano?) sino que además son anti soberanas, si la “soberanía” de una institución estuviera determinada por el número de sus miembros, casos como estos no se hubieran visto jamás ni en Colombia ni en el mundo, pues suele suceder que los congresos generalmente son muy numerosos, o al menos más numerosos que los altos tribunales. Queda así claro que si la pretensión de la honorable Corte Suprema era “abrir un boquete hermenéutico” en torno al tema al mencionar el asunto del carácter soberano de la ley, es evidente que no logra abrir tal “boquete” debido a la ya explicada inocuidad (e incluso innecesaridad) de ese argumento, pero además, y por sobre todo, porque si la ley es soberana, la Constitución lo es aún más.

Finalmente, en cuanto a que la naturaleza del sistema jurídico nacional es “de indudable característica positivista.” es factible considerar que con base en el siguiente fragmento (por supuesto no es el único fragmento en apoyo de ésta tesis) podemos afirmar que el sistema jurídico colombiano no es tan positivista como algunos respetables juristas afirman: “(iii) *no todas las disposiciones jurídicas están construidas a manera de una regla, es decir, el enunciado que a un precepto determinado le otorga una consecuencia jurídica definida, sino que también concurren en el ordenamiento otros contenidos que no responden a esa estructura, en especial los principios.*”<sup>26</sup>

En otras palabras, para terminar este subtítulo sobre el positivismo como posible causa del problema, los opositores a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho se fundaban en la ausencia una “regla secundaria” en términos Hartianos,<sup>27</sup> es decir, en que no había norma escrita que reconociera a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho. Esta sería una regla secundaria por cuanto tiene que ver no con derechos y

---

<sup>26</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634/11 (Nota: sin negrilla en el original).

<sup>27</sup> Se aclara que esto es una deducción, pues este argumento no se encuentra en la bibliografía sobre el tema, o más concretamente, en la bibliografía consultada en donde los opositores a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, expresaban sus puntos de vista.

obligaciones de los administrados (reglas primarias) sino con la parte orgánica del sistema jurídico.

En dicho bagaje positivista está sin duda la causa de la mal interpretación que algunos doctrinantes y jueces hacían del principio de “sometimiento del juez al imperio de la ley”. Es necesario abordar este álgido tema.

## **V. Interpretación del concepto de “El imperio de la ley” (Al cual debe someterse el Juez).**

Sostener en la argumentación de este problema jurídico sola o fundamentalmente, como así se hacía, la tesis del deber de sometimiento del juez al imperio de la ley (Este parecía ser el argumento más recurrente de los mencionados detractores), constituía una visión muy simplista de un problema altamente *complejo*. Esta afirmación se sustenta en el hecho de que en el mencionado problema jurídico se presentaba colisión de principios Constitucionales en varios puntos (Por lo menos en dos): uno en el elemento hermenéutico, poniendo en evidencia una contradicción Constitucional entre los artículos 4 y 230;<sup>28</sup> y otro en el *momentum* decisorio del juez, puesto que si bien es cierto que las decisiones de los jueces deben estar atadas al imperio de la ley, también lo es que el elemento activo del juez (el juez como *sujeto* activo del derecho, y no como un objeto contratado para la simple aplicación de normas) constituye una necesidad para garantizar la tan pregonada independencia del juez (o del sistema judicial) dentro de un sistema político republicano y democrático, de tal modo que el principio que subyace como *causa activa* (es decir, causa actuante) en el acto de escoger una u otra fuente del derecho que sustentará su decisión judicial, es el principio de la independencia del juez, el cual no es poca cosa, pues guarda una estrecha relación con el principio republicano de la separación de poderes de Montesquieu (una de las piedras angulares del sistema republicano [S XVIII y XIX] y ahora de los sistemas democráticos [S XX y XXI]), pues sin esa necesaria independencia del juez, se desdibujaría por completo el principio de la separación de poderes. Ciertamente es, que como decía Montesquieu: “[...] cuando en un gobierno popular [léase democrático] las leyes dejan de cumplirse, el Estado está ya perdido [...]”.<sup>29</sup> Esta sentencia del eminente jurista francés, deja ver, implícitamente, la indudable importancia del sometimiento del juez (entre otros) al imperio de la ley; pero debe tenerse en cuenta además que esa independencia del juez antes mencionada, no es menos vital para la legitimidad de su decisión (y del sistema jurídico mismo) que su sometimiento al imperio de la ley. Se constata entonces que en este punto era (y sigue siendo) necesaria una ponderación de principios, análisis éste que se evadía cuando de una manera dogmática se exigía el sometimiento del juez al imperio de la ley.

---

<sup>28</sup>ARTICULO 4o. La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.

ARTICULO 230. Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley.

La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial.

<sup>29</sup> MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes. Traducido por: Mercedes Blázquez y Virgilio Ortega. Buenos Aires: Ediciones Orbis, 1984. T. I., p. 45.

El sometimiento del juez al imperio de la ley, no significa única o necesariamente el acato de la “*ley en sentido estrecho*”,<sup>30</sup> sino el acato y sometimiento a la “*ley en sentido amplio*”<sup>31</sup> pues no hay que olvidar que la Constitución es “ley de leyes”, y por ello lo que de la Constitución dice su legítimo y máximo intérprete autorizado también es ley, y en consecuencia, el sometimiento del juez al imperio de la ley, incluye también, de suyo propio, la sujeción del juez a la interpretación legítima de la ley de leyes que se hace por vía jurisprudencial. Por ello con prístino acierto dijo el honorable Tribunal Constitucional de Colombia:

*“...[u]na interpretación adecuada del imperio de la ley a que se refiere el artículo 230 constitucional, significa para la jurisprudencia constitucional que la sujeción de la actividad judicial al imperio de la ley, no puede entenderse en términos reducidos como referida a la aplicación de la legislación en sentido formal, sino que debe entenderse referida a la aplicación del conjunto de normas constitucionales y legales, valores y objetivos, incluida la interpretación jurisprudencial de los máximos órganos judiciales, la cual informa la totalidad del ordenamiento jurídico.”*<sup>32</sup>

Pero además hay que tener en cuenta no solo que la Constitución es ley de leyes, y que por esto no puede pretermitirse a la Constitución cuando se aborda el principio de “el sometimiento del juez al imperio de la ley”,<sup>33</sup> es fundamental no olvidar que aún la ley en sentido estrecho debe ser “*interpretada a partir de los valores, principios, objetivos y derechos consagrados en la Constitución;*”<sup>34</sup>

Es evidente que no puede tenerse una correcta asunción del principio de sometimiento del juez al “imperio de la ley” si además del significado del concepto mismo, no se tiene en cuenta que al concepto de “ley” no solo pertenecen los textos legales (emanados del congreso) sino también una serie variada de textos normativos como la constitución, las ordenanzas, los reglamentos etc.<sup>35</sup> En otras palabras, en materia jurídica no es suficiente con conocer el significado de los diferentes principios, es de importancia relevante y determinante, saber en qué contextos aplican (lo que significa ya no “conocer” el concepto sino “dominarlo”). De este modo se evidencia aquí un enésimo error de los detractores de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, pues apelaban incisiva y

---

<sup>30</sup> Entiéndase aquí por “ley en sentido estrecho” a la ley formal, es decir, aquella derivada del poder legislativo.

<sup>31</sup> Entiéndase aquí por “ley en sentido amplio” a toda norma que desde el punto de vista *funcional* es ley porque reúne todas las características de ésta (incluida la característica de estar investida y/o gozar del atributo de “fuerza de ley”), excepto por su elemento derivativo (su origen no deriva del congreso). Quizá el ejemplo más representativo del concepto de ley en sentido amplio es la misma Constitución. De este modo, al invocarse el principio del sometimiento del juez al imperio de la ley, el término “ley” debe entenderse “*desde el punto de vista del ordenamiento jurídico en su totalidad*” (Sentencia C-634/11). Nota: en la cita inmediatamente anterior el tribunal Constitucional no hace esa afirmación del concepto de ley, pero el contexto sí es el del principio del sometimiento del juez al imperio de la ley, por lo demás, es a todas luces claro que el principio subyacente en la cita sí es aplicable, también, al concepto propuesto de “ley en sentido amplio”.

<sup>32</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

<sup>33</sup> En palabras coloquiales ello equivaldría a dejar de lado a la más ley entre las leyes.

<sup>34</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

<sup>35</sup> Y no hay que olvidar que “[...] *la Carta Política prevé una regla de prelación en la aplicación del derecho, que ordena privilegiar a las normas constitucionales frente a otras reglas jurídicas (Art. 4 C.P.)*” (Sentencia C-634/11)

dogmáticamente al principio del sometimiento del juez al *imperio de la ley*, pero no tenían en cuenta que este principio era y es aplicable a la Constitución misma por ser ley de leyes. Vale decir que los positivistas con poca sensatez (pues había que tener muy poca sensatez para oponerse tan ferozmente a aceptar la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho alegando que la doctrina y el código civil [ambos anteriores a la existencia del tribunal Constitucional] no lo permitían) muy seguramente se hubieran sentido a sus anchas en la antigua Persia donde la ley (es decir, la voluntad del monarca) era en “absoluto” inviolable: “*En Persia, cuando el rey condena a alguien, nadie puede hablarle del asunto ni pedir clemencia. La orden se ejecutaría aunque estuviera ebrio o fuera de sí.*”...<sup>36</sup> Pero afortunadamente ni este es el espacio de la Persia, ni estos son los tiempos de Plutarco, en donde la ley era la reina de todos, de mortales e inmortales, según decía el mismo biógrafo y ensayista griego. En la cita que lleva a la nota 31 (p.11) se dejó clara la importancia del sometimiento al imperio de la ley, sin embargo, ello no debe llevar a la deificación de la ley (en ese error está la causa de muchos males de sociedades modernas y antiguas), la ley, como creación e instrumento humano, es sujeto de error y objeto de intereses (y no siempre los mejores o los más convenientes para las sociedades que pagan los salarios a los congresistas), recuérdense esas sabias palabras de Rousseau cuando decía: “[...] *la ley considera a los súbditos en tanto cuerpos, y a las acciones como abstractas, nunca a los hombres como individuos, ni a las acciones como particulares.*”<sup>37</sup>

Finalmente sobre este punto, tal vez sea acertado afirmar (para tranquilizar a los positivistas más consagrados) que la jurisprudencia Constitucional es, de cierto modo, una forma de codificación del derecho y que una de sus principales diferencias con la ley formal consiste en que la de la jurisprudencia es una “*codificación argumentativa*”, mientras que la codificación de la ley es una “*codificación articular y meramente enunciativa*”.

## **VI. La diferenciación derivativa-funcional de la jurisprudencia constitucional para la determinación de la misma como fuente de derecho**

Si a pesar del cambio de paradigmas que en materia jurídica significó la Constitución de 1991, aún a 2011 (año en que se profiere la citada sentencia C-634), había profesionales del derecho en Colombia que se negaban a reconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, no era tanto por la solidez de sus argumentos en tal sentido, sino por el error que hasta entonces se había tenido en el análisis y el modo de abordar el problema jurídico. Dicho error se basaba fundamentalmente en aceptar implícitamente como válida, **o más exactamente, como “suficiente”** (ya que sí era válida) cierta premisa en esa discusión, esto era: considerar que para la superación de esta discusión jurídica era suficiente con determinar si la jurisprudencia era o no ley (puesto que la ley sí era y es reconocida, entre otras, como fuente formal de derecho en el ordenamiento interno). Frecuentemente muchos de quienes se oponían a la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho, lo hacían en el entendido<sup>38</sup> de que la jurisprudencia no era ley, por cuanto no emanaba del congreso. En ello tenían razón, era inobjetable, su argumento era

---

<sup>36</sup> MONTESQUIEU. *Op. Cit.*, p. 51.

<sup>37</sup> ROUSSEAU, Jean Jacques. *El contrato social*. Barcelona: Ediciones Altaya. 1993. p. 37.

<sup>38</sup> Inicialmente puede verse como un entendido, pero se demostrará, en este mismo artículo, que realmente no era otra cosa que un grave malentendido desde el punto de vista analítico.

sólido y perfecto como una esfera de acero, sin embargo, se equivocaban enormemente al basarse única o fundamentalmente en ese argumento, pues no consideraban un elemento necesario y fundamental que debía tenerse en cuenta en el análisis del problema: la diferenciación derivativa-funcional de la jurisprudencia Constitucional para la determinación de esa misma jurisprudencia como fuente de derecho, esto es: que en un análisis adecuado del problema de fondo aquí analizado, como es (era) el no reconocimiento de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho por parte de algunos operadores jurídicos y doctrinantes, debían tenerse en cuenta (y determinarse), dos elementos compositivos de la jurisprudencia Constitucional a saber:

- 1) La jurisprudencia Constitucional como ley en sentido estricto, y
- 2) La jurisprudencia Constitucional como ley en sentido funcional.

### **1. La jurisprudencia constitucional como ley en sentido estricto:**

Es innegable, por la razón ya expuesta (el origen no legislativo), que en sentido estricto la jurisprudencia Constitucional no es ley. Este es el elemento *derivativo* de la diferenciación aquí propuesta. Al no “derivar” del Congreso la jurisprudencia constitucional, no es ley *en sentido estricto*. Sin embargo, esto que parece tan evidente, y que podría considerarse fuera de toda discusión, admite discusión y obliga a un análisis en aras del rigor académico: había un yerro de parte de quienes sostenían explícitamente o inferían implícitamente que ley es solo lo que emana del congreso, y por esa vía pretendían desconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, si se parte del principio aceptado<sup>39</sup> según el cual la

---

<sup>39</sup> Y aquí aplica perfectamente el principio “*Consensus gentium*” o “*Consensus omnium*” según el cual “*aquello en que todos están de acuerdo, aquello que es admitido por todos, se declara verdad*” (Tomado de: Rosental, M.M. e Iudin, P.F. [Directores]. Diccionario filosófico [Sin pie de imprenta]. p. 494). Nota: en parte este principio admite algunos reparos, y para poner un ejemplo de su eventual inconveniencia (O inconsistencia, en términos científicos) se hará una *Reductio ad absurdum* (pero basada en datos históricos reales): como es sabido, durante la edad media eran muy frecuentes las *ordalías*; eran juicios en donde se esperaba la intervención divina en favor de los condenados; la inmensa mayoría de la gente (y teniendo en cuenta la idiosincrasia de la época es muy probable que hasta los mismos “jueces” y tribunales creyeran en ello) pensaba que si el condenado era inocente, la divinidad actuaría en su favor y los salvaría, por ejemplo, de la hoguera. No se sabe de casos documentados de personas a quienes la divinidad hubiera “salvado” de sus condenas (A lo sumo les salvaría el alma, pero no el pellejo) ¿Podría afirmarse entonces objetivamente y por ello que todos esos condenados a quienes la divinidad no “salvó” eran culpables de aquello que se les imputaba?... (Téngase en cuenta que relativamente hablando “todo el mundo” [por decirlo de algún modo] creía en que si eran culpables perecerían en el tormento). Como se aprecia, el principio “*Consensus gentium*” concurriría a afirmar que los condenados que no fueron salvados por la divinidad eran sin duda culpables, puesto que esa era la creencia de la enorme mayoría. Muy probablemente el principio “*Consensus gentium*” guarda cierto parentesco (¿Acaso en primer grado?) con la tesis de Goebbels (Jefe de propaganda del partido Nazi) según la cual “una mentira repetida mil veces termina convirtiéndose en una verdad”. Pues la verdad es que científicamente hablando, algo no es cierto por el solo hecho de que todo el mundo crea en ello (principio “*Consensus gentium*”), ni tampoco por el hecho de que se pregone mil veces como verdad, aún a sabiendas de que es una mentira (Goebbels). Aplicada en esta nota, como se acaba de hacer, la técnica del **falsacionismo** (v., de Karl R. Popper, su obra “*Logik der Forschung*” [varias ediciones]), se pasa a exponer brevemente porqué en este caso es válido aplicar el principio “*Consensus gentium*”: se considera que es aceptable apelar en este caso al principio “*Consensus gentium*”, pues téngase en cuenta que el mismo aquí no se está aplicando a “todo el mundo” a las creencias de la opinión pública en general (y menos aún durante el oscurantismo de la edad media, como en el ejemplo), sino a una comunidad científica (expertos y estudiosos del derecho) en la

Constitución es “ley de leyes”, según lo afirman (Con indudable acierto) muchos juristas (de donde deriva el principio de “*supremacía constitucional*” que la Constitución colombiana ha consignado en su artículo 4). Es claro entonces que la Constitución es ley, y por ello no se explica cómo lo que el intérprete autorizado de la Constitución (el Tribunal Constitucional) dice de ella, es decir, la jurisprudencia, no tiene un mínimo de esa característica al menos indirectamente... negar el recurso de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho era, en el fondo, asumir ese raciocinio, el de que dicha jurisprudencia no tiene características de ley en lo más mínimo. Llegados a este punto, vale la pena discutir el concepto de “Ley” que da el Código Civil: “*ARTICULO 4º: Ley es una declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la constitución Nacional. El carácter general de la ley es mandar, prohibir, permitir o castigar.*” ¿Reúne la jurisprudencia Constitucional algunos atributos que se predicán de la ley? sin lugar a dudas sí: la jurisprudencia Constitucional también es una “*declaración de la voluntad soberana*”, no solo por el origen del Tribunal que la emite, sino también por el rango Constitucional que ostenta dicho tribunal, no se olvide además esa frase (hermosa para quienes saben valorar la importancia y la conveniencia del sistema republicano frente a, por ejemplo, el sistema monárquico) con que el Tribunal encabeza sus fallos y que recuerda que cuando este tribunal administra justicia lo hace “*en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución*”; de otra parte, de la jurisprudencia Constitucional también podemos predicar esto mismo que se dice de la ley: manda, prohíbe, permite o sanciona.

Se concluye entonces que ley no es solo lo que emana del congreso, que la voluntad emanada de la *volonté générale*, como es el caso de la Constitución, también es ley. Queda así demostrado que la palabra ley no tiene un significado unívoco, lo cual era fundamental tener en cuenta en el momento de descalificar a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho con base en el supuesto de que la jurisprudencia no era ley.

## 2. La jurisprudencia constitucional como ley en sentido funcional:

Con este enunciado se quiere resaltar una característica inherente a la jurisprudencia Constitucional y evidente en ella, característica explícita en el enunciado mismo, y que se considera es imprescindible tener en cuenta para un correcto análisis del problema por constituir un *Argumentum ad rem*, es decir, una “*Argumentación basada en las auténticas circunstancias del asunto*”.<sup>40</sup> Esto significa que la jurisprudencia Constitucional, en sentido funcional sí es ley. En cuanto a esto, a la jurisprudencia Constitucional como ley en sentido funcional, es a todas luces inobjetable (exactamente tan inobjetable como que no es ley en sentido estricto)<sup>41</sup> para ello se presenta como prueba reina el hecho de que en la práctica y en todos los casos (ya sea una decisión de efectos *inter partes*<sup>42</sup> o de efectos *erga omnes*)

---

llamada “era del conocimiento” que previamente han consensuado la *supremacía de la Constitución* (Es decir: la Constitución como “Ley de leyes”).

<sup>40</sup> ROSENTAL, M.M. e Iudin, P.F. *Op. Cit.*, pág. 493.

<sup>41</sup> Ello sin olvidar la objeción que se hizo acerca de que ley no es solo lo que emana del congreso.

<sup>42</sup> Pero es importante tener en cuenta que aún en los fallos de efectos *inter partes*, si bien se discute un caso particular, también es cierto que dicha discusión tiene como base y fundamento principios y valores de interés general, como lo son los consagrados en la Constitución Política “*dichas decisiones, aunque son adoptadas frente a un asunto particular, no tienen efectos simplemente inter partes, puesto que en dichos fallos la Corte determina el contenido y alcance de los derechos constitucionales.*”

la jurisprudencia Constitucional tiene **fuerza de ley**, puesto que es vinculante y reviste, en muchos casos, de obligatoriedad para los jueces en sus decisiones. Esto dice el tribunal Constitucional a cerca de su actividad interpretativa manifestada en su jurisprudencia: “Esta interpretación, cuando es realizada por autoridades investidas de facultades constitucionales de unificación de jurisprudencia, como sucede con las altas cortes de justicia, adquiere carácter vinculante. La necesidad de otorgar esa fuerza obligatoria a los precedentes se explica a partir de varias razones.”<sup>43</sup> Pero la fuerza de ley de la jurisprudencia Constitucional no solo se expresa por su carácter vinculante, sino también por tener muchas veces efectos *erga omnes* para los administrados, muy conforme esto, lo de los efectos *erga omnes*, con el carácter “general” de la ley. Es por esta incontestable **fuerza de ley** de la jurisprudencia Constitucional, por lo que en el presente trabajo se habla de “la jurisprudencia Constitucional como ley en sentido funcional”. Esa fuerza de ley de esta jurisprudencia está clara y plenamente definida por la misma Constitución en su artículo 243:

*Los fallos que la Corte dicte en ejercicio del control jurisdiccional hacen tránsito a cosa juzgada constitucional.*

*Ninguna autoridad podrá reproducir el contenido material del acto jurídico declarado inexecutable por razones de fondo, mientras subsistan en la Carta las disposiciones que sirvieron para hacer la confrontación entre la norma ordinaria y la Constitución.*

Por la obligatoriedad y la fuerza vinculante de la jurisprudencia Constitucional, emanada de este artículo y del espíritu mismo de la Constitución, esta jurisprudencia no solo es ley en sentido funcional, sino que además se sitúa ontológicamente por encima de la ley ordinaria, por esta vía, y de esta forma, se materializa el principio consignado en el artículo 4 de la Constitución según el cual ella (la Constitución) “es norma de normas” (“ley de leyes”, dicen con indudable acierto muchos juristas). Este principio (La Constitución como “Norma de normas”), y el enunciado que sigue en ese mismo artículo 4 Constitucional “*En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales.*” dan la razón a los doctrinantes que definen (y defienden) a la Constitución como “Ley de leyes”, postura que aquí se comparte y también se defiende. Con esto se hace evidente una situación casi absurda por parte de quienes argumentaban que la jurisprudencia constitucional no podía tenerse como fuente de derecho por cuanto no era ley... acéptese que parcialmente tenían razón: la jurisprudencia Constitucional no es ley ordinaria... ¡Pero es una ley de rango superior a la ley ordinaria! ¿Por qué? ¿Cómo?, el asunto es evidente tanto *an sich* (en sí, en sí mismo),<sup>44</sup> desde el punto de vista del sistema jurídico colombiano y también desde la mera lógica:

*Si la Constitución es “ley de leyes” ^ lo que dice la Corte Constitucional es la Constitución → la jurisprudencia constitucional es ley de leyes<sup>45</sup>*

<sup>43</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

<sup>44</sup> Concepto del filósofo racionalista y matemático alemán Christian von Wolff (1679-1754). Este concepto fue retomado por el también filósofo alemán Immanuel Kant (1724-1804), para hablar de “la cosa en sí”.

<sup>45</sup> Se lee (se pone aquí en cursiva y negrilla los conectores lógicos usados en “la fórmula” [*supra*): “Si la Constitución es ‘ley de leyes’ y lo que dice la honorable Corte Constitucional es la Constitución, **entonces** la jurisprudencia constitucional es ley de leyes”.

Un tercer elemento por el cual la jurisprudencia Constitucional es ley, funcionalmente hablando, está en el asunto de la cosa juzgada: lo que el juez decide con base en la ley ordinaria, surtido el debido proceso, hace tránsito a cosa juzgada, lo mismo ocurre con el uso y aplicación de la jurisprudencia en sede judicial.

De este modo, por parte de los detractores de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, no hubo un correcto análisis entre lo precedente (la jurisprudencia como ley en sentido funcional) y lo consecuente (el uso de la jurisprudencia como fuente formal de derecho por parte de algunos jueces), asunto este que motivó su negación a reconocer dicha jurisprudencia como fuente formal de derecho.

Se hace evidente que en la dificultad de algunos doctrinantes actuales de superar la doctrina clásica (y obsoleta) en cuanto a las fuentes formales del derecho, media una razón atávica, antes que un fundamento epistemológico. Obsoleta no tanto por *anticuada*, pues no parece responsable, ni ajustado al rigor intelectual rebatir una corriente de pensamiento con ese solo “argumento” (en el caso de que se le pudiera llamar “argumento” a tal equivocación), aquí el adjetivo de “obsoleta” para esa doctrina que a pesar del innegable cambio de las circunstancias se negaba a reconocer a la jurisprudencia Constitucional como fuente formal de derecho, se sustenta en esta parte concreta de la definición de esa palabra (“anticuado”) que al respecto da el Diccionario de la Academia Española de la Lengua: “*inadecuado a las circunstancias actuales*”.

Queda así claro en los párrafos precedentes, que frecuentemente, y por diversos aspectos, la jurisprudencia se nos presenta como norma jurídica, pues nadie puede negar que la jurisprudencia tiene autoridad normativa, así no se nos presente en el modo articular de un código. Queda establecido entonces que la jurisprudencia se enmarca dentro del supuesto *nominativo* de “norma”.<sup>46</sup>

A propósito del *Argumentum ad rem*, que se presentó [*supra*], por ello mismo, *contrario sensu*, se puede afirmar válidamente que la argumentación de los respetables detractores de la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho era equivocada por cuanto no era una “*Argumentación basada en las auténticas circunstancias del asunto*”<sup>47</sup> dado que en muchos casos se limitaba simplemente a determinar que por su elemento derivativo la jurisprudencia constitucional no era ley (ley en sentido estricto),<sup>48</sup> pero omitían el elemento *funcional* de esa misma jurisprudencia como ley, y no hacían la diferenciación entre uno y otro elemento (el derivativo y el funcional). Sin esa necesaria diferenciación su

---

<sup>46</sup> **Nota bene:** desde el punto de vista gramatical (en cuanto a la gramática *vigente*, se aclara, puesto que el idioma es vivo), la palabra “nominativo” (*supra*) es sin duda incorrecta para el *texto*, pues no se ajusta a ninguna de las tres acepciones que de ésta palabra da el DRAE, sin embargo su empleo en el *contexto* tiene como propósito la adjetivación del verbo transitivo “Nominar”, que significa dar nombre a alguien o a algo. En consecuencia, en la frase: “*la jurisprudencia se enmarca dentro del supuesto nominativo de norma*” se ha querido expresar que a la jurisprudencia también se le puede dar el nombre de norma. Podría creerse que con esta palabra (“nominativo”) se incurrió en un abuso lingüístico, sin embargo se aclaran dos cosas: pareciera que no existe una palabra para describir la situación abordada, y de otra parte, para la construcción del nuevo vocablo se tuvo en cuenta la regla subyacente (¿Procedimiento de “derivación?”) entre las palabras “derivar” y “derivativo” (ambas son palabras castizas)... bien dice el escritor Sairayú: “*El escritor se somete al oficio del lenguaje, pero de vez en cuando también somete al lenguaje*”... de todas formas se presentan sinceras excusas a los gramáticos y a los lectores por la licencia lingüística en la que aquí se incurrió.

<sup>47</sup> Rosental, M.M. e Iudin, P.F. *Op. Cit.* p. 493 (Definición de *Argumentum ad rem*).

<sup>48</sup> En sentido estricto se aclara aquí, pues ellos ni siquiera hacían esa diferenciación.

argumentación erraba en el análisis del problema, por cuanto no reunía los criterios mínimos de razonabilidad. Dicho ejercicio argumentativo además de poner, eventualmente, en condición de desprotección a los ciudadanos en lo referente a sus derechos fundamentales (cuando estos se hallaban explícita o implícitamente involucrados en el litigio y su amparo dependía de que el juez se acogiera a la jurisprudencia Constitucional como si fuera fuente de derecho), también ponía en situación de inoperancia o de ineffectividad los principios y valores constitucionales, o cuando menos limitaba su contenido y alcance.

Con estos argumentos (sobre todo el de la prueba reina que demuestra la *fuerza de ley* de la jurisprudencia Constitucional y con ello prueba la naturaleza de la jurisprudencia Constitucional como ley de sentido funcional) se da por terminada esta parte de la discusión.

## VII. Conclusiones:

Quizá lo primero que hay que decir a modo de conclusión es que el Tribunal Constitucional, con su afortunada decisión, avaló una práctica que resultaba imperativa para la buena administración de justicia. La sentencia C-634/11 no solo reconoce a la jurisprudencia como fuente formal del derecho, sino que además incide en la jerarquía del sistema de fuentes, al menos en lo que respecta a ésta jurisprudencia frente a otras normas como la ley o todas aquellas con fuerza de ley. En el anterior estado de cosas, al no poder recurrir los jueces a la jurisprudencia constitucional como fuente de derecho para resolver los casos idénticos en donde había similitud entre los elementos de hecho y de derecho, ello llevaba a una distinción injustificada en la administración de justicia, violando el principio de igualdad de la Constitución y el derecho a la igualdad en los administrados.<sup>49</sup> Pero además de esto, el no acogimiento de la jurisprudencia Constitucional por parte de algunos jueces, cuando a ello había lugar, era improcedente por cuanto es antijurídico apartarse de la cosa juzgada constitucional.

En la práctica la jurisprudencia es también génesis del derecho, por ello *de facto* era fuente para algunos jueces, así no se le hubiera reconocido como tal por el mismo derecho (Reconocimiento *de iure*). Ahora, respecto de éste punto concreto se hará la siguiente aclaración-comentario luego de una muy breve introducción: Bobbio plantea una acertada clasificación de las normas en dos categorías principales: “normas de conducta” y “normas de estructura”; las primeras son las que se refieren a los derechos y deberes de las personas (de ellas deriva el llamado “derecho subjetivo”); las segundas, como su nombre lo indica, se refieren a la estructura del sistema jurídico, a su composición y organización. Mal podía el ordenamiento jurídico desconocer o afectar negativamente el derecho subjetivo de los administrados<sup>50</sup> por el solo hecho de que ese mismo ordenamiento jurídico había incurrido en grave error al no prever la “*norma de estructura*” que reconociera a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho, norma que vendría a ser el reconocimiento *de iure*

---

<sup>49</sup> Por tan contundentes razones, muchos abogados y jueces celebraron, aún desde su sosegado silencio (incluido el autor del presente artículo), la decisión de la Corte Constitucional.

<sup>50</sup> Esto podía darse porque algunos jueces se sentían imposibilitados para recurrir a la jurisprudencia Constitucional para fundar sus decisiones con miras a la garantía de derechos que sí habían sido reconocidos vía jurisprudencial.

anteriormente mencionado. Tal vez (y en el mismo sentido de lo que orgánicamente significa esta decisión) sea válido afirmar que con la Sentencia C-634/11 el Tribunal Constitucional de Colombia aportó la “*regla de reconocimiento*” para el tema en cuestión; recordemos que la regla de reconocimiento lo es “*en tanto suministra los criterios de validez*”.<sup>51</sup> La decisión del tribunal Constitucional nos confirmó que el derecho vigente es más vasto y rico que el derecho positivo. Razón tenía Robert Alexy cuando afirmaba que la ciencia del derecho, tal y como es practicada en estos tiempos modernos, es ante todo una disciplina práctica... y como dijo acertadamente el tribunal Constitucional: “*En últimas, el Derecho no es una aplicación mecánica de consecuencias jurídicas previstas en preceptos generales, como lo aspiraba la práctica jurídica de inicios del siglo XIX, marcada por el concepto del Código, sino una práctica argumentativa racional.*”<sup>52</sup>

Era más que injusto que un problema, que era del resorte del sistema jurídico como ente y como estructura, hubiera terminado responsabilizando de la debacle de la falla (la ausencia de *norma de estructura* reconociendo a la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho) a los operadores jurídicos y en concreto a los jueces (Las críticas al respecto eran evidentes contra los jueces que se negaban a seguir el canon ortodoxo de las fuentes; esto en parte era comprensible, pues como decía Montesquieu “[...] *los pueblos están muy apegados a sus costumbres; quitárselas violentamente es hacerles desdichados*”<sup>53</sup>). Hay que anotar además, que a parte de la valentía con que un puñado de jueces afrontaron el problema al usar la jurisprudencia como fuente de derecho cuando esta (por error) no había sido reconocida en la Constitución, los jueces estaban legalmente obligados a hacerlo... habrá qué buscarle un nombre adecuado a esta “extraña” paradoja (en parte esa es una característica de las paradojas, ser fenómenos extraños, raros en cuanto a su naturaleza, no en cuanto a su ocurrencia) en donde de un lado se pretendía obligar a los operadores jurídicos a ver *fundamentalmente* en la ley su principal fuente de derecho, y de otro lado se les obliga a decidir aún en presencia de vacíos, lagunas o falta de claridad en la normatividad. Respecto a esto, recordemos el **artículo 48** de la **ley 153 de 1887** que dice: “*los jueces o magistrados que rehusaren juzgar pretextando silencio, oscuridad o insuficiencia de la ley, incurrirán en responsabilidad por denegación de justicia*”... ¡sí! de lo que se trata esto es, nada más ni nada menos que de la “**denegación de justicia**”. Ahora, respecto a este error de la no contemplación en la Constitución Política de la jurisprudencia Constitucional como fuente formal del derecho es excusable tanto en la Constitución como en la ley, pues “*en las sociedades contemporáneas, merced [a] la complejidad de las relaciones entre sus agentes, es imposible que las asambleas representativas puedan configurar preceptos que solucionen, de manera específica, todos los casos posibles.*”<sup>54</sup> Por esta razón anotada anteriormente (que se puede resumir como la no infalibilidad del sistema jurídico); por el factor dinámico de las sociedades (lo que debería obligar al derecho a transformarse, pero que en el caso en comento no había ocurrido) y por el factor de visión holística que debe tenerse del sistema jurídico, a muchos abogados y juristas les parecía realmente absurdas las objeciones de quienes se oponían a que los jueces usaran como fuente formal de derecho a la jurisprudencia Constitucional. Esa tesis según la cual la jurisprudencia Constitucional no podía ser considerada fuente formal del derecho,

---

<sup>51</sup> Rodríguez. *Op. cit.* p.27.

<sup>52</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

<sup>53</sup> MONTESQUIEU. *Op. Cit.* p. 257.

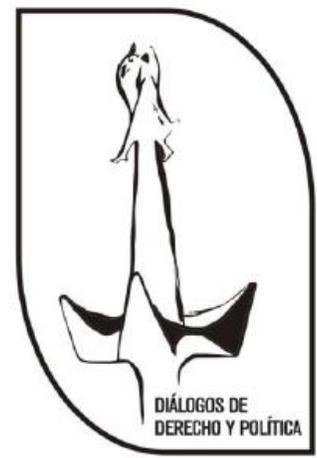
<sup>54</sup> Corte Constitucional, Sentencia C-634/11.

constituía una **distorsión** del sistema jurídico como elemento epistemológico, y una **perturbación** del derecho como elemento ontológico, lo que traía como consecuencia, entre otras cosas, un incorrecto funcionamiento del sistema jurídico colombiano (que además lo alejaba de estándares internacionales en materia de protección de DD.FF), y un indudable estancamiento de la actividad jurídica como fenómeno “científico” de indudable e importante impacto social; todo esto por un obseso apego al viejo concepto de “ley”. Ese apego rayaba con la *ridiculez*: la crítica no es exagerada si se tiene en cuenta que lo que había de fondo en esa posición teórica era un desconocimiento de los nuevos paradigmas Constitucionales, en otras palabras, es como si muchos de los respetables contradictores no se hubieran enterado de que la Constitución de 1886 había sido derogada. Era claro que la sola determinación (por su factor derivativo) de si la jurisprudencia era o no ley (para entonces ser aceptada o rechazada como fuente formal de derecho) no era, de ningún modo elemento dirimente de la situación o del problema jurídico acusado

Finalmente, no debían los detractores de la jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho basarse en esa parte de la verdad según la cual la jurisprudencia Constitucional no era *ley en sentido estricto*, para negar, en contra de la realidad jurídica y fáctica, esta otra parte de la verdad: que la jurisprudencia Constitucional era y es *ley en sentido funcional*. Así, basarse (como se hacía) en una parte de la verdad, para desconocer esta otra parte de la verdad, no era otra cosa que una verdad a medias, y como dice el escritor Sairayú: “*Una verdad a medias es una completa mentira*”.

## BIBLIOGRAFÍA.

- BOBBIO, Norberto. Teoría general del derecho. Bogotá. Editorial Temis 1987.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código Civil.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Código de Procedimiento Civil.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-634/11 (24, agosto, 2011). M. P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala De Casación Penal. Sentencia (4, junio, 2002) M.P. Dr. Carlos Mejía Escobar.
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA de Colombia (6, julio, 1991).
- DICCIONARIO DE la Real Academia Española de la Lengua (DRAE). [CD].
- FONSECA Ramos, Marco. «Las fuentes formales del derecho colombiano a partir de la nueva constitución». En: Revista De Derecho [*Online*], Universidad del Norte [Colombia]. Número 1, 1992, pp. 32-45.
- GARCÍA Máynez, Eduardo. Introducción al estudio del derecho. México. Edit. Porrúa. 32 ed. [*s.f.*]. ISBN 968-432-176-7.
- MONTESQUIEU. Del espíritu de las leyes. Traducido por: Mercedes Blázquez y Virgilio Ortega. Buenos Aires: Ediciones Orbis, 1984. T. I.
- OSPINA, William. «La mosca de cuatro patas». En: Utopía del habitar urbano: diez estrategias para el control social de la gestión pública [VV.AA]. Veeduría Distrital de Bogotá. 1996, pp. 404-406.
- RODRÍGUEZ, César. La decisión judicial: el debate Hart-Dworkin. 4ª reimpresión. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 2002. 191p. (Colección Nuevo Pensamiento Jurídico). ISBN 598-665-004-9.
- ROSENTAL, M.M. e Iudin, P.F. [Directores]. Diccionario filosófico [*Sin pie de imprenta, sin ISBN*]. 498 p. (Nota: portada amarilla con letras negras, aproximadamente 12cm x 17cm [físico], 10cm x 14cm [impreso]).
- WESTON, Anthony. Las claves de la argumentación. Traducción Jorge F. Malem Seña, Blanca Ribera de Madariaga [de la actualización]. 10ª edición. Bogotá: Editorial Planeta, marzo de 2009.



---

**Reseña.**  
**Las antinomias del giro ontológico.**

Edwin Cruz Rodríguez.

Un comentario al libro de Iván Darío Ávila Gaitán (2013) *De la isla del Doctor Moreau al planeta de los simios: la dicotomía humano/animal como problema político*. Bogotá, Desde Abajo, 90 p.

## Reseña.

### Las antinomias del giro ontológico.

**Un comentario al libro de Iván Darío Ávila Gaitán (2013) *De la isla del Doctor Moreau al planeta de los simios: la dicotomía humano/animal como problema político*. Bogotá, Desde Abajo, 90 p.**

Edwin Cruz Rodríguez.

En este trabajo, el politólogo de la Universidad Nacional de Colombia, Iván Darío Ávila Gaitán presenta una propuesta de análisis y deconstrucción de la dicotomía humano/animal como problema político, estructurada en torno a lo que denomina el “especismo antropocéntrico”. Situado en la perspectiva de los movimientos animalistas abolicionistas, que luchan por relaciones simétricas entre animales humanos y no humanos, Ávila sostiene que tal dicotomía está sustentada en dogmas esencialistas que es necesario develar y apuesta por una “disutopía” basada en la metáfora de El Planeta de los Simios, donde estos “simbolizan el triunfo de singularidades posthumanas y postanimales, imposibles de contener en dos territorios existenciales divergentes y organizados jerárquicamente” (p. 18). Su objetivo, desarrollado en dos partes, es: “plantear un modelo analítico que permita entender las relaciones/procesos de dominación, sujeción, explotación, resistencia, negociación y emancipación en/entre seres históricamente categorizados como “humanos” y “animales” en contextos bio-físico-sociales cambiantes” (p. 21).

En la primera parte, adopta una perspectiva postestructuralista y deconstruccionista que le permite definir una serie de supuestos ontológicos antiesencialistas en lo que llama el “plano móvil de inmanencia”. Así, el autor cuestiona la insuficiencia de los marcos científicos hegemónicos para tratar el problema, el carácter antropocéntrico de las ciencias sociales fundado, a su vez, en la distinción entre naturaleza y cultura. Así mismo, abraza la crítica derridiana a la “metafísica de la presencia” y las formas de conocimiento fundadas en la identidad, la dualidad, la no contradicción y las oposiciones binarias jerárquicas que conllevan una subvaloración del Otro. En su lugar, apuesta por una ontología “materialista” en la cual, retomando a Gilbert Simondon, “todo ser es relación” (26), se abandona la trascendencia y, en lugar de identidades y diferencias, existen singularidades en devenir permanente. En consecuencia, desde esta perspectiva, no existen totalidades, sino órdenes articulados con lógicas de dominación y poder distintas o lo que el Black Feminism denomina “interseccionalidad”; tales órdenes no siempre son jerárquicos, o “máquinas de jerarquización”, y corresponden a “campos de estabilidad transitorios” que no necesariamente coinciden con el Estado; en fin, entre ellos existen articulaciones que constituyen “formaciones bio-físico-sociales”.

La segunda parte está consagrada a precisar el marco categorial de la “máquina de jerarquización especista-antropocéntrica”. Ésta es concebida como: “un orden bio-físico-social de escala global que se fundamenta en la dicotomía humano/animal y genera la

constante superioridad del primer polo sobre el segundo” (p. 35). En una lectura crítica del concepto de biopolítica en M. Foucault y G. Agamben, Ávila sostiene que dicha máquina construye los límites entre lo humano y lo animal. Aunque la producción discursiva de lo que Agamben denomina “vida desnuda” es un hecho, el autor considera políticamente equívoco centrarse en esa figura, pues despoja de potencia a ese sujeto, sea animal o humano.

Con Derrida, el politólogo sostiene que la soberanía no es única, sino que existen distintas soberanías que pueden ponerse en cuestión, sobre todo aquella que afirma la soberanía de lo humano sobre lo animal. Este postulado coincide con el animalismo y con el veganismo como propuesta ético-política, sustentados en el principio de no dañar físicamente a ningún ser sintiente, con un sistema nervioso complejo. No obstante, Ávila sostiene que “el *especismo antropocéntrico* desborda actitudes consideradas meramente crueles, conscientes, individuales, etcétera, da a entender, antes bien, un *estado de cosas* que implica la sistemática superioridad humana y la inferioridad animal-no-humana” (p. 48). Supone erigir necesariamente un “Otro” animal como condición de posibilidad para concebir lo humano, pese a que, como sostiene D. Haraway existen “especies compañeras” que dejan entrever “entrecruces ontológicos” entre especies, por ejemplo entre animales humanos y animales domésticos, cuya co-evolución llega a transformar incluso su información genética.

Si bien el “especismo-antropocéntrico” puede tener origen en esa estructura “sacrificial” de la que habla Derrida, para designar un matar que no es considerado criminal caracterizado por la ingestión del cadáver, y que en este sentido no tiene que ver con la necesidad de proteína animal, Ávila resalta la necesidad de llevar el marco analítico a la historia para rastrear los orígenes de esa “máquina” de forma más rigurosa. En todo caso, para el autor, la modernidad, con sus elementos característicos como la erección cartesiana del sujeto humano como ser racional trascendente, frente a las “máquinas” de la naturaleza, transforma la “máquina de jerarquización especista” tornándola sanguinaria: “Es ante todo con la modernidad, en un contexto tecnocientífico, que se configuran amplios espacios de encierro, explotación y muerte” (p. 67). Por ejemplo, los saberes, dispositivos, técnicas y tecnologías de “producción” de carne, condenan a los animales no humanos a un sufrimiento que no cabe en el concepto de genocidio. De hecho, es posible que dichos “mataderos” hayan sido modelo para los campos de exterminio nazi, como lo sugiere el historiador Charles Patterson. Así, las técnicas generadas para el dominio de animales se han aplicado a seres humanos considerados no humanos, “animalizados”, como sucedió, por ejemplo, durante la esclavitud. En la actualidad, las granjas y los lugares de experimentación con animales no humanos, “campos de concentración especistas” (p. 77), disocian en su publicidad la carne de su referente vivo y, al mismo tiempo, reproducen otros dispositivos de poder, por ejemplo, cuando asocian la carne con el vigor masculino y los vegetales a lo femenino, o cuando el cuerpo mismo de las mujeres se hace equivalente a carne comestible.

Desde luego, no es la primera vez que la “máquina de jerarquización especista-antropocéntrica” opera sobre animales humanos. Ávila recuerda el caso de Saartjie

Baartman, la bosquimana exhibida en jaula en París y Reino Unido, como si fuera una exótica especie, que los científicos de principios del siglo XIX conceptuaron como el eslabón perdido entre el hombre y el animal. En ella convergieron distintos procesos de racialización, generización y especificación o animalización, por lo que constituye un claro ejemplo de lo que Ávila denomina “zooantroponormatividad”: “la obligatoriedad de encajar a seres concretos dentro de la dicotomía jerárquica animal/humano o, en otras palabras, la dicotomía (y sus relaciones asimétricas) asumida como ontológicamente normativa” (80), que opera con “tecnologías de especificación”, las cuales asignan lugar a animales y humanos como los letreros de “prohibido animales”.

Pese a que Ávila no se propone abundar en todos los problemas que plantea, su obra contribuye de forma pionera a una discusión en Colombia y, quizás, en América Latina. Del cuerpo conceptual mediante el cual deconstruye la dicotomía humano/animal, cabe destacar por lo menos dos aspectos sugerentes: por una parte, la necesidad de revisar los marcos dominantes de la ciencia. De los planteamientos del autor se infiere claramente que pensar e investigar sobre este problema exige trascender muchos de los supuestos en que se ha sustentado la división del trabajo en la producción del conocimiento. Por ejemplo, es claro que se requiere ir más allá de la dualidad naturaleza/cultura, si se quiere comprender el carácter político de las relaciones entre animales humanos y otros animales y, en consecuencia, es necesario redefinir las fronteras entre los campos del conocimiento que se han ocupado de cada una de estas materias.

Por otra parte, una contribución decisiva del trabajo es aportar un lenguaje que evidencia y hace cognoscible el entramado de relaciones, prácticas y significados, que se producen en el marco de la mencionada dicotomía. En este lenguaje, el autor ha articulado preocupaciones de distintas variantes de la teoría feminista, el postestructuralismo y los estudios críticos de la ciencia, entre otros. En suma, las categorías que Ávila desarrolla tienen un amplio alcance heurístico, permiten desarrollar investigaciones empíricas y contextuales sobre el problema en cuestión.

Con todo, cabe preguntar qué tan pertinente, en términos éticos y políticos, puede resultar el “giro ontológico”. El plano móvil de inmanencia supone que los “seres” o singularidades se crean a sí mismos en forma relacional y en un devenir permanente. En esta perspectiva, las singularidades tienen igual estatus ontológico, lo que implica erosionar supuestos modernos como el “sujeto autoconsciente” en que se funda el especismo antropocéntrico. Sin embargo, ello también plantea problemas:

Primero, ¿es ese devenir completamente indeterminado? El que existan dispositivos como el especismo antropocéntrico supone que existe una desigualdad entre singularidades en la medida en que son los animales humanos los que pueden agenciar de cierta forma ese devenir, mediante instrumentos como la técnica, la ciencia y la tecnología. Si bien los distintos organismos vivos y no vivos tienen un devenir en tanto que se relacionan, denominado evolución en algunos casos, en los ejemplos que Ávila expone de co-evolución o co-construcción entre animales humanos y no humanos, esa transformación está mediada por la ciencia, la técnica y la tecnología, manipuladas por animales humanos.

Así, en alguna parte sugiere que la explotación de las ratas de laboratorio, mediante los procesos de estandarización biológica y de cría, generaron instrumentos, como las jaulas o aparatos inmovilizantes, y procesos, como aminorar cualquier posibilidad de empatía con ellas, que llevaron a modificar las conductas de los animales humanos, en el contexto asimétrico del especismo antropocéntrico (p. 73). Si bien es cierto que los instrumentos de control de las ratas tienen por objetivo controlar su capacidad de resistencia (mordidas, chillidos, etc.), el devenir en últimas es agenciado por animales humanos. En el mismo sentido, en la disutopía de *El Planeta de los Simios*, donde no hay especies sino singularidades, cabe preguntarse qué son esos “simios y ciborgs”, esos seres posthumanos y postanimales o, en otras palabras, ¿el devenir ciborg de los animales humanos justificaría llevar a cabo prácticas rechazadas por el animalismo como la experimentación con animales no humanos, los “xenotransplantes”, o transplantes de una especie a otra, para encontrar fórmulas que posibiliten transplantar órganos humanos? Si este no es el tipo de devenir contemplado en esa disutopía, ¿cuáles son los criterios que permiten formular un devenir deseable, más allá de afirmar que no existen especies, reinos, etc., sino sólo singularidades? Quizá un límite del giro ontológico para pensar este problema es que olvida al animal de carne y hueso, y lo asimila muy fácilmente a una “singularidad”.

Ahora bien, ¿qué pasa si ubicamos la dicotomía humano/animal en el contexto de la actual crisis ambiental?, ¿qué “devenires” son deseables acá? El devenir no sólo de los animales, sino de eso que llamamos “naturaleza” o biósfera, ha sido claramente afectado por los animales humanos, ¿es deseable que lo sigan afectando? ¿No es esa capacidad de devenir o de agencia de los animales humanos la que ha llevado a la actual crisis ambiental? ¿Es posible conciliar los postulados del giro ontológico con la defensa o conservación de la naturaleza? ¿Con qué criterios podría defenderse la naturaleza del devenir impuesto por el antropocentrismo y el capitalismo?, ¿qué criterio permitiría afirmar, por ejemplo, que ciertas especies no deben ser manipuladas genéticamente o que no se debe acabar con ecosistemas determinados? Si no se establecen criterios que permitan identificar cuáles son los devenires deseables y justos, y sólo se acepta la indeterminación del devenir, se puede terminar por avalar una confianza ciega en los adelantos científicos y tecnológicos, los mismos que permiten el devenir ciborg de algunos animales humanos, para salir de la crisis ambiental, lo cual puede resultar contraproducente. En este caso, además, el giro ontológico conlleva a olvidar que la vida tiene un límite biofísico palpable: la capacidad de resiliencia de la biósfera.

Esto conduce directamente al problema ético. En la obra existe una apuesta comprometida por generar relaciones simétricas y no jerárquicas entre animales humanos y no humanos. El giro ontológico implica concebir estos seres como singularidades que no pueden definirse sino a partir de sus relaciones y que se encuentran en devenir permanente. Por consiguiente, se está afirmando una igualdad a nivel ontológico entre ellas. Al parecer, para Ávila, esa igualdad no se traduce en una identidad: “...mal haríamos en disolver todas las diferencias”. Para él, “el salto necesario radica en explorar las constantes que pueden definir ciertas singularidades sin caer en límites fijos y entidades puras”, como dijera G. Deleuze, no el devenir de un ser sino el “devenir sin ser o flujo caótico a-humano” (p. 53). El problema de esta perspectiva es que no permite definir con base en qué criterio se justifica perseguir relaciones simétricas entre animales humanos y no humanos. Establecer

esos criterios implica dar cuenta no sólo de la igualdad, sino también, y tal vez sobre todo, de las diferencias entre ambos.

Por lo anterior, existe un hiato entre la propuesta ontológica y epistemológica y la apuesta ético-política del trabajo. El autor reivindica el criterio de “sintiencia” para justificar la lucha animalista abolicionista, si bien critica a su principal defensor, Peter Singer, por erigir los seres sintientes como sujetos éticos, un nuevo Yo, dejando por fuera las plantas y resto de seres vivos (p. 56). Tal criterio es defendido desde una matriz de pensamiento muy distinta, basada en el discurso científico y en postulados éticos utilitaristas, de acuerdo a los cuales no se debe producir sufrimiento a organismos con sistemas nerviosos complejos o con cerebro, todo lo cual no puede inferirse de su conceptualización sobre el “plano móvil de inmanencia”. Ávila complementa ese criterio ético con el argumento de que de todas formas existen otras posibilidades de proveerse de alimento que no pasan por explotar y generar sufrimiento a los animales no humanos, lo que le permite, en últimas, reivindicar el veganismo:

*“el veganismo plantea un proceso valiosísimo en términos de configurar nuevos mundos que pasan por repensar el trabajo, la libertad, lo que comemos, vestimos, etcétera, aparte de un compromiso desfeticizante y explícito con conocer el recorrido mediante el cual algo llega hasta nosotros/as. En últimas, si dejar de consumir o matar por diversión animales-no-humanos –por lo menos de quienes se tiene la seguridad que poseen sistema nervioso y pueden sufrir o ser privados de múltiples experiencias- constituye una posibilidad más, ¿por qué no optar por esa empática posibilidad intentando, a la par, potenciar otras formas de vida sin descuidar la vida “humana”?, incluso si las plantas sintieran (hay quienes lo sostienen), tal hecho no nos debería habilitar para criar y matar alegremente vacas, perros, ardillas y humanos, sólo ratificaría el compromiso con la otredad al criarlos y comerlos con responsabilidad, ya que allí si, en efecto, no habría otra posibilidad. La sintiencia importa, pero no constituye el fundamento de nuestra actividad radical” (p. 59).*

En fin, por las rutas que sugiere, por los problemas y preguntas que formula, así como los dilemas que deja planteados, el libro de Ávila constituye una corriente de aire fresco en el debate sobre el animalismo en nuestro contexto.