

ISSN 0120-1867
Estud. Derecho

ESTUDIOS DE DERECHO

DIRECTOR
Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS
MEDELLÍN, COLOMBIA, SURAMÉRICA

Año LXVIII —segunda época— Diciembre de 2011
Volumen LXVIII, N° 152

**ESTUDIOS DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

RECTOR

Alberto URIBE CORREA

DECANA

Clemencia URIBE RESTREPO

DIRECTOR

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

COMITÉ EDITORIAL

María Cristina GÓMEZ ISAZA	Doctora en Derecho Decana Facultad de Derecho Universidad Pontificia Bolivariana
Olga Lucía LOPERA QUIROZ	Magíster en Lingüística Directora Centro de Investigaciones Jurídicas Universidad de Antioquia
Diego Eduardo LÓPEZ MEDINA	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de los Andes
Elena LARRAURI PIJOAN	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho Universidad Autónoma de Barcelona
Juan Antonio GARCÍA AMADO	Doctor en Derecho Profesor Facultad de Derecho Universidad de León

COMITÉ CIENTÍFICO

Santiago SASTRE ARIZA	Profesor de la Universidad de Castilla La Mancha - España
Carlos GAVIRIA DÍAZ	Ex magistrado Corte Constitucional Profesor universitario - Colombia
Nuria TERRIBAS	Directora del Institut Borja de Bioética Universitat Ramon Llull - España
Ricardo HOYOS DUQUE	Ex magistrado Consejo de Estado Profesor universitario - Colombia

Estudios de Derecho aparece registrada en los siguientes índices y bases bibliográficas:

Publindex. Categoría B de Colciencias. Colombia

Lexbase. Colombia

Sociological Abstracts (Soc-Abs). Estados Unidos

GALE-CENGAGE Learning. Estados Unidos

International Bibliography of the Social Sciences (IBSS). Inglaterra

Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades (CLASE). México

Latindex. México

Tarifa postal reducida.

Se permite la reproducción de cualquier artículo de la revista *Estudios de Derecho*, siempre y cuando se cite la fuente y se remita a ésta una copia de la publicación

Valor de la suscripción anual en el país: \$20.000

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

Valor de la suscripción en el exterior: US\$30

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia.

AUTOR DE OBRAS EN SEPARATAS

Juan Ángel Suárez (Jardín, Col. 1977 – Santo Domingo, Rep. Dom. 2011). Presentó desde los 8 años interés por las artes plásticas. En el 2000 se radicó en República Dominicana, donde realizó estudios de artes aplicadas en la Escuela Nacional de Bellas Artes de Santo Domingo, ciudad en la que fue miembro de la Asociación Convite Centro de Arte y del Colegio de Artistas Plásticos Dominicanos (CODAP). Impartió clases de dibujo y pintura. Participó en diferentes exposiciones colectivas en Colombia y en República Dominicana y realizó las exposiciones individuales: *Mujer más que un sueño*. Museo Casa de Tostado, Santo domingo R.D (2005), *Marionetas del tiempo*. Alianza Francesa, Santo domingo R.D (2008) y *Náufragos en la noche*. Alianza Francesa, Santo domingo R.D (2011). En marzo de 2011 fue seleccionado para participar en el Pabellón Latinoamericano de la Feria de Art Shanghai en el Youth Art Space, un espacio dedicado los jóvenes talentos de las artes, falleció en abril de 2011.

Traductor de resúmenes: Julián Alberto Zambrano Sánchez, estudiante de Derecho de la Universidad de Antioquia y auxiliar administrativo revista *Estudios de Derecho*.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 112

Teléfono: (574) 219 58 55. Fax: 219 58 59

Correo electrónico: rderecho@mitra.udea.edu.co

Página web:

<http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php?journal=red&page=issue&op=current>

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Imprenta Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13

Correo electrónico: imprensa@quimbaya.udea.edu.co

MISIÓN

Publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que constituye su órgano académico oficial. Su misión radica en contribuir al debate de las ideas en torno a las disciplinas del derecho y la política al publicar artículos producto de investigación y reflexión en dichas áreas, elaborados por autores nacionales y extranjeros, previa selección del Comité Editorial y aprobación por los árbitros de la Revista. Está dirigida a los abogados, filósofos, politólogos y, en general, a los estudiosos de estos asuntos.



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

“Alma Máter de la raza,
invicta en su fecundidad”
(Del Himno de la Universidad de Antioquia.
Letra de Édgar Poe Restrepo)

ÍNDICE

EDITORIAL

<i>Raúl Humberto Ochoa Carvajal</i>	11
Al derecho internacional en el contexto de la globalización: conflictos y transformaciones	
<i>José Germán Burgos Silva</i>	13-30
Conflicto colombo-ecuatoriano 2006-2009: diplomacia por una pacificación forzada	
<i>diana patricia higuita peña</i>	31-50
Las elecciones y las alianzas en la izquierda democrática en medellín, 1970-1990	
<i>Óscar Andrés Moreno Montoya</i>	51-75
Aproximación a la discusión sobre políticas públicas y justicia constitucional: a propósito del estado de cosas inconstitucional	
<i>Leonardo García Jaramillo</i>	77-112
Principio del mérito y derechos fundamentales: elementos para el diseño institucional de un sistema de carrera administrativa en la perspectiva de los derechos fundamentales	
<i>Hernán Darío Vergara Mesa</i>	113-136
Ideas básicas del concepto: derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos sociales, en el constitucionalismo colombiano	
<i>David Sierra Sorockinas</i> <i>María Claudia Gómez Cabana</i>	137-161

La conciliación como solución de conflictos

Beltrán De Jesús Restrepo Arredondo..... **163-180**

La definición de infracción ambiental en la ley 1333 de 2009: ¿es contraria el principio de legalidad?

Álvaro Garro Parra
Jorge Honorio Arroyave Soto..... **181-200**

La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -decaimiento de su aplicabilidad-

Juliana Pérez Restrepo..... **201-225**

Corrupción, lucha anticorrupción y formas de gobierno: hacia la búsqueda del concepto corrupción

Mario Montoya Brand
Ana Victoria Vásquez Cárdenas..... **227-253**

La lucha continúa: necesidad de ampliar las causales de despenalización del aborto cuando el embarazo represente un daño al proyecto de vida de la mujer ó subsidiariamente indemnización para esta cuando se le dañe su proyecto de vida al imponerle la maternidad

Natalia Zapata Mejía..... **255-278**

Disquisiciones jurídicas sobre la imposición de los balances en el régimen de propiedad horizontal

Clara Inés Escobar..... **279-306**

Derechos del arrendatario de local comercial y propiedad privada. un análisis de la protección al empresario desde el código de comercio de 1971

Norma Cecilia Nieto Nieto
Mauricio Andrés Parra Cruz..... **307-328**

La construcción de la ciudad de medellín desde las laderas informales. Tensiones, relaciones y liminaridades en la ciudad contemporánea

erika andrea ramírez jiménez.
tania helena gómez alarcón..... **329-345**

EDITORIAL

Dos de los proyectos de ley presentados por el Gobierno en el 2011 se refieren a la Educación Superior y a la Justicia.

El primero, después de haber ocasionado la parálisis de las universidades públicas durante varios meses, debido a la resistencia organizada de los estudiantes, fue retirado por el Gobierno, a pesar de que en varias ocasiones, tanto el Presidente, como la Ministra de Educación, habían señalado que el proyecto no sería retirado. Esta situación mostró dos verdades: por un lado, que los estudiantes no estaban improvisando ni haciendo politiquería y sí sabían para donde iba el proyecto. Sí lo conocían. Por el otro, la Ministra de Educación se equivocó y subvaloró a los estudiantes, y el Presidente, por su parte, cometió un grave error al colocar al frente de un ministerio tan sensible a una persona ajena a la problemática de la Educación. La Ministra podrá tener muy buena voluntad pero sus realizaciones no están relacionadas con esta Cartera. Ahora se viene la difícil tarea, tal como se pactó, de realizar una reforma concertada a la Ley de Educación Superior, y va a ser difícil si una de las partes, el gobierno a través de su Ministra de Educación, refleja esa debilidad tan marcada y el otro sector, los estudiantes, pueden estar respirando, con toda razón, ese aire triunfalista, pues ese primer pulso entre ellos resultó totalmente a favor de los estudiantes. Por eso pensamos que en la Reforma anunciada deben participar todos los sectores sociales verdaderamente interesados en la Educación Pública pero, principalmente, los profesores universitarios. Qué bueno sería escuchar aportes de egresados, de exdirectivos universitarios. Conocer experiencias de otros países. Los estudiantes tendrán que abanderar un movimiento que no confunda la fuerza con la razón. La democracia con la omnipotencia de la mayoría y que vuelva a dar ejemplo de estudio, de organización y coraje. Por su parte, el Gobierno tendrá que cambiar su Ministra, o, si la quiere dejar, rodearla de los mejores asesores en Educación Pública.

El segundo proyecto es el de la reforma a la Justicia que ya pasó en la primera vuelta y comenzará la segunda cuando en el mes de marzo se reanuden las sesiones del Congreso. Esta reforma tiene asuntos que requieren el mayor rigor en el análisis y no sólo la opinión nacional está pendiente de ella sino también sectores diversos de la opinión internacional, como ocurre con el tema del fuero a los militares. Otros asuntos de importancia tienen que ver con la doble instancia en el juzgamiento a los congresistas, el Consejo Superior de la Judicatura, el presupuesto de la Justicia, asignación de funciones jurisdiccionales a notarios y abogados en ejercicio para

contribuir con la descongestión judicial, la intervención de las Altas Cortes en el nombramiento de algunos funcionarios del Estado, la Tutela contra sentencias, entre otros. Cualquiera de estos aspectos tiene que interesar a toda la comunidad y, fundamentalmente, a la Academia. Si alguien tiene que mostrar un marcado interés por la suerte de la reforma, son las facultades de derecho. Lo paradójico es que, hasta donde tenemos noticia, no se han pronunciado. Este tema no lo podemos dejar, ahora que se encuentra en el Congreso, exclusivamente en manos de la clase política. Los Consejos de las facultades de derecho, sus profesores y estudiantes, los decanos, tienen que presentar sus opiniones. No alcanzamos a entender como una reforma a la justicia no piensa para nada en las facultades de derecho, en sus currículos, en su calidad académica, si es de allí de donde van a salir los futuros operadores de la justicia. No puede ser que se acepten facultades de derecho llamadas de garaje, en donde lo que importa es el negocio de la educación. Pero este aspecto no ha interesado para nada en la llamada reforma a la justicia. No entendemos, tampoco, la agobiante situación de atraso en la administración de justicia, hoy más grave cuando los recursos con que los despachos judiciales cuentan, son mucho mayores que en épocas recientes. Computadores y no máquinas de escribir y papel carbón para las copias. Varios abogados en cada despacho cuando recientemente había despachos en que ni siquiera el juez lo era. No existía la conciliación que da fin a tantos procesos o los evita. Y no podemos echarle la culpa a la acción de tutela. Si vamos a analizar las causas sería bueno revisar los viajes de los magistrados. Sería bueno mirar cuántos jueces son profesores en universidades en horas laborales o participan como conferencistas. Sería muy bueno examinar el cumplimiento de estos en sus jornadas laborales, todo ello independientemente de que es necesario aumentar el presupuesto de la rama judicial y el número de jueces. Sin justicia no puede haber democracia.

Raúl Humberto Ochoa Carvajal.

Director.



Título: Rastros de restos serie 1

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN: CONFLICTOS Y TRANSFORMACIONES*

* Texto producto parcial de una investigación más amplia sobre el acceso a algunos espacios internacionales de resolución de controversias en el contexto de la globalización. La misma fue financiada por la Agencia Alemana de Cooperación GIZ entre mayo de 2009 y junio de 2011.

Fecha de recepción: junio 17 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 2 de 2011

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN: CONFLICTOS Y TRANSFORMACIONES

*José Germán Burgos Silva***

RESUMEN

Se pretende determinar como el derecho internacional ha formado parte de las respuestas frente a diverso tipo de conflictos asociados o agudizados a propósito de la globalización. En dicho sentido, primero pasa revista a qué se ha entendido en el derecho internacional como conflicto o diferencia internacional y de qué manera este encauza y limita que conflictos de la globalización pueden ser conocidos por las instancias del derecho internacional. En una segunda parte, identifica los diversos mecanismos que el derecho internacional tiene previstos para la solución de conflictos ofreciéndose un contraste entre los mismos. Finalmente se proponen algunas hipótesis sobre como el impacto de la globalización ha cambiado la configuración o funcionamiento de algunas de estas instancias propias del derecho internacional.

Palabras Clave: Derecho Internacional; Globalización; Diferencia internacional; conflictos de la globalización

INTERNATIONAL LAW IN THE GLOBALIZATION CONTEXT: CONFLICTS AND TRANSFORMATIONS

ABSTRACT

In this text is expected to fix how international law has been part of the answers of several types of associated or heighten conflicts, by the way to the globalization. In that order, first we will study what is conflict or international difference in international law and how this is used to limit what conflicts of globalization can be tried by international law. In the second part, we will identify the mechanism that the international law has predicted to resolves the conflicts. Finally, we will propose some hypothesis about how the impact of the globalization has changed the configuration of some instances of international law.

Keywords: International Law, globalization, international difference, conflicts of the globalization.

** Phd, profesor de la Universidad Nacional de Colombia

EL DERECHO INTERNACIONAL EN EL CONTEXTO DE LA GLOBALIZACIÓN: CONFLICTOS Y TRANSFORMACIONES

Introducción

El derecho internacional contemporáneo ha venido fortaleciendo, no sin dificultad, distintos espacios para enfrentar y resolver las controversias entre algunos de los sujetos reconocidos por el mismo. Hoy presenciamos la existencia de múltiples espacios para el trámite pacífico de las controversias internacionales, los cuales van desde la clásica Corte Internacional de Justicia de la Haya, hasta el recientemente creado Tribunal Penal internacional, pasando por los múltiples mecanismos de arbitramento o mediación reconocidos a través de diversos tratados. Es igualmente destacable el surgimiento y fortalecimiento de instancias internacionales de tipo judicial para defender los derechos humanos a nivel regional, tales como las cortes americana, europea y africana de derechos humanos.

Lo anterior es particularmente notable si tenemos en cuenta que antes de 1990 existían solo seis cortes internacionales permanentes: la Corte Internacional de Justicia, la Corte de las comunidades europeas, el Tribunal de la Comunidad Andina de Naciones, la Corte de Justicia del Benelux y las dos cortes de derechos humanos americana y europea respectivamente. (Brown, 2002) Hoy a este grupo se unen entre otros, el Tribunal Internacional del Mar, la Corte Penal Internacional y el Órgano de Solución de Controversias de la OMC.¹

La dinámica identificada, se entiende en el contexto de los desarrollos del derecho internacional moderno. Esto significa, en primer lugar, la aceptación de los principios de no uso de la fuerza y de la solución pacífica de las controversias establecidos en la Carta de la ONU. Igualmente expresa el convencimiento paulatino de los estados de que no es posible un derecho internacional sin mecanismos que garanticen en última instancia su aplicación. Si bien este se funda en buena parte en el cumplimiento de buena fe de las normas que lo integran, es claro que la gene-

1 Benedict Kingsbury afirma que solo en la década pasada cerca de una docena de instituciones judiciales o cuasijudiciales han sido establecidas a nivel mundial. Entre están el mecanismo de apelación del OSD de la OMC, el mecanismo de resolución de disputas del TLC de Norteamérica, los tribunales adhoc de Ruanda y exyugoeslavia, la Comisión de compensaciones de las Naciones Unidas y el panel de inspección del Banco Mundial (Brown 2002).

ración de diversos mecanismos que busquen su efectividad es un complemento útil y necesario que permite darle al derecho internacional un peso específico mayor.

Tras de este aumento, Posner et al han afirmado que ha estado asociado entre otros a los efectos de los conflictos armados de forma tal que el crecimiento de los anteriores es casi sucedáneo con el cierre de alguno de ellos y además desde una perspectiva realista en las relaciones internacionales defiende que en determinadas condiciones aquellos son instrumentos útiles para la defensa de los intereses de los estados en su relaciones con otros. (Posner, 2005)

Por su parte, Brown establece otro tipo de factores que explican el anterior proceso entre los cuales estarían el aumento en la densidad del derecho internacional que hace necesario pensar mecanismos para su cumplimiento, el compromiso creciente a favor de un Estado de Derecho internacional, el fin de la guerra fría que ha facilitado la opción por vías institucionales para resolver conflictos y finalmente la experiencia positiva con pasadas experiencias de cortes y espacios de solución de controversias institucionales (Brown, 2002; Tiba, 2006).

Este fortalecimiento del número y ámbito de acción de los mecanismos de solución de conflictos internacionales se ha dado simultáneamente en el contexto mismo donde surgen los diversos procesos de globalización que para algunos permite hablar de la existencia de un mundo globalizado o de una mundialización en diversos ámbitos. La misma ha ido acompañada de su propia dinámica de conflictos y tensiones, que se expresan, entre otros, en los efectos globales del calentamiento global; el mayor o menor alcance del libre comercio; en los efectos de la deslocalización productiva sobre los derechos labores de sectores del proletariado; en las reacciones violentas ante el libre pensamiento religioso; en la defensa de la soberanía como trinchera respecto de la defensa global de los derechos humanos etc.

Salvo los espacios políticos y sociales generados para denunciar, tramitar y responder de alguna manera a estos conflictos, las respuestas jurídicas globales a los conflictos de la globalización parecen ser aún muy excepcionales. En realidad, parece que nos encontramos a nivel jurídico con dos tipos de respuestas de alguna manera dominantes: de un lado, el derecho nacional trata con limitaciones de poner algún coto a los desafueros de una economía global que por lo demás cuenta con garantías jurídicas recogidas en tratados que hoy por hoy supeditan el mismo derecho nacional.² Simultáneamente, el derecho nacional posibilita y

2 En palabras de Harvey “De igual modo, el Estado nación sigue siendo también una de las principales defensas contra el poder puro del mercado. Es también un medio clave para defender las identidades étnicas y culturales y las calidades ambientales frente a la compresión espacio temporal y la mercantilización planetaria”. (Harvey, 2003)

canaliza dimensiones de esa globalización (Sassen, 2010). Un ejemplo de esto serían las reformas constitucionales y legales que constriñen la actividad económica global en sus territorios, sea a nivel laboral, ambiental etc., las cuales sobreviven jurídicamente con normas que simultáneamente las protegen, tales como tratados bilaterales de inversión, contratos de seguridad jurídica etc.³

La segunda respuesta es la proveniente del derecho internacional. Si bien se habla de la existencia de un derecho global o de la necesidad de uno,⁴ es igualmente claro que este está en parte integrado por el derecho internacional. En otros términos, el derecho internacional, sea como parte del derecho global o en sí mismo considerado, se ha convertido en un escenario donde, a través de algunas de las instancias internacionales de solución de conflictos se ha dado trámite y respuesta a ciertos conflictos de la globalización. De manera muy especulativa se podría sostener que algunos conflictos económicos de la globalización se han enfrentado vía el reajuste y fortalecimiento de instancias propias del derecho internacional como el mecanismo de solución de controversias de la OMC, el CIADI del Banco Mundial y el arbitraje privado internacional. Por su parte, los conflictos de tipo social y político parecen llevarse a otro tipo de instancias menos formalizadas o sujetas al juego político de diverso tipo.

El presente texto pretende, entonces, determinar en líneas generales como el derecho internacional ha formado parte de las respuestas que se han venido tomando frente a diverso tipo de conflictos asociados o agudizados a propósito de la globalización. En dicho sentido, primero pasa revista a qué se ha entendido en el derecho internacional como conflicto o diferencia internacional y de qué manera este encauza y limita qué conflictos de la globalización pueden ser conocidos por las instancias del derecho internacional. En una segunda parte, identifica los diversos mecanismos que el derecho internacional tiene previstos para la solución de conflictos ofreciéndose un contraste entre los mismos en torno de cuatro interrogantes: ¿Quién los conforma?, ¿Qué tipo de conflictos conocen?, ¿Cómo los afronta o «resuelve» y ¿Qué nivel de eficacia tienen? Para responder a estas preguntas, nos centraremos en los mecanismos de tipo arbitral y / o judicial que el derecho internacional ha establecido de diversas formas para solucionar los conflictos internacionales. Finalmente se proponen algunas pistas iniciales sobre como el impacto de la globalización ha

3 Esto es lo que Slaughter denomina para efectos políticos como la desagregación del estado, como opuesto al estado unitario mítico y que se encuentra representado y gobernado por múltiples instituciones a través de complejas interacciones, entre ellas tanto las que están fuera como dentro del país” Citado por Saldivia, 2010. También ver Burgos, 2009.

4 Ver Domingo et al 2006.

cambiado la configuración o funcionamiento de algunas de estas instancias propias del derecho internacional.⁵

El concepto de diferencia internacional y su pertinencia frente a los conflictos de las globalizaciones

Lo que se entiende por conflicto en el derecho internacional se ha formalizado bajo el término o expresión de diferencia internacional. La misma se ha definido por Díez Velasco como el conflicto que “surge cuando un sujeto internacional hace valer ante otro una reclamación concreta basada en un incumplimiento de una obligación y la otra parte la rechaza”.

Desarrollando la anterior definición es necesario resaltar que la diferencia conlleva varios elementos. De un lado, un desacuerdo en torno de algún aspecto de derecho o de hecho que jurídicamente sea verificable, es decir que haya sido previsto en alguna de las fuentes del derecho internacional. De otra parte, las diferencias internacionales se dan entre algunos sujetos del derecho internacional, aquellos que pueden llevar sus causas a instancias internacionales de resolución de conflictos tales como los Estados, las Organizaciones Internacionales y los individuos. Es evidente a la luz del derecho internacional, que los derechos y obligaciones alegables por cada uno de los anteriores sujetos varía dado su diverso tipo de plenitud como sujetos en este marco normativo. En otros términos, de los tres sujetos, solo del Estado son predicables el máximo tipo de derechos y obligaciones.

El carácter jurídico de la diferencia que permite la existencia de una potencial respuesta en lo que hace a mecanismos de solución de controversias no excluye que en estos planos se vinculen disputas de orden más político. Al respecto debe entenderse que los litigantes más reiterados en la arena de la solución de conflictos internacionales son los estados, instancias políticas por antonomasia. Por lo demás, un conflicto de orden jurídico puede tener aparejado un origen político interno o una intencionalidad política internacional. Dado lo anterior, los espacios de solución de controversias permiten hasta cierto punto respuestas en ambos ámbitos.

La anterior forma en que el derecho internacional ha entendido la noción de diferencia tiene connotaciones para entender cómo se han abordado algunos de los

5 Esta discusión tiene por tanto una orientación diferente a otros enfoques cercanos a este tema. En particular, se aparta de los análisis que hablan de la necesidad y perfiles de una Justicia global. En tal sentido puede verse Cortés Rodas, 2007. Por su parte, es diferente de aquellos que hablan de las diversas dimensiones sobre lo que se ha denominado como una globalización judicial. Al respecto puede verse Baudenbacher, 2003.

conflictos provenientes del proceso de globalización. El derecho internacional ha permitido canalizar aquellos conflictos de la dinámica de la globalización que han estado asociados al incumplimiento de tratados que previamente se han hecho vinculantes para los estados e indirectamente por esta vía para los individuos. En tal sentido, se entiende que una parte de las diferencias en torno del comercio internacional intensificado y del derecho “internacional” de las inversiones hayan sido vehiculadas institucionalmente mediante mecanismos como el CIADI o el OSD de la OMC.

Lo anterior significa que hay una buena parte de conflictos de la globalización económica y no económica que no pueden llegar a estas instancias. Serían un ejemplo de ello, los costos en derechos humanos del libre comercio o las garantías a la inversión a nivel nacional; los efectos ambientales de las dinámicas anteriores; la desigualdad de origen del actual orden económico internacional. Algunos de estos conflictos tienen algunas dimensiones que pueden ser tramitadas en el derecho del orden nacional (ejemplo, violaciones a los derechos humanos o laborales por empresas transnacionales) sin embargo muchos de ellos no tienen espacios a nivel de mecanismos externos de solución. Una de las vías frente a estos límites, ha sido la de buscar introducir estos temas en los espacios institucionales actualmente existentes, lo cual permite entender aquellas luchas que pretenden que la OMC condicione el comercio más libre al cumplimiento de estándares de derechos humanos o de orden ambiental.⁶

Una segunda connotación de la definición del conflicto internacional es la relacionada con los sujetos. Un conflicto, global o internacional, es abordable por el derecho internacional si en el forman parte estados, organizaciones internacionales y excepcionalmente individuos y empresas transnacionales. No tienen participación directa ni los pueblos como tal, ni organizaciones de la sociedad civil, ni en sentido amplio las empresas multinacionales. Esto no contradice el hecho de que cada vez se viene fortaleciendo más la figura del *amicus curie*, el cual como tercero interviniente puede en algunos casos aportar información útil pero no se considera una parte como tal ni conlleva desconocer el poder que tienen las multinacionales para movilizar a un estado en el seno del OSD de la OMC o del CIADI del Banco Mundial.

En suma, la definición de lo que se ha entendido por conflicto o diferencia internacional según el DIP nos coloca en un terreno en buena parte de orden jurídico, lo cual conlleva que las tensiones que canaliza en su seno deben referir a alguna de las fuentes del derecho internacional y por tanto solo permite el acceso a unos sujetos,

6 Ver Pipan, 2006.

aquellos reconocidos por este derecho. Por esta vía y teniendo en cuenta que una parte de la globalización económica y otra parte de la globalización de los derechos humanos se ha dado a través de tratados internacionales, los mecanismos de solución de controversias internacionales han sido una respuesta, lo cual en determinados casos ha conllevado su ajuste, como se verá más adelante en este texto (Santos, 2003)⁷. Sin embargo, hay una importante cantidad de conflictos ligados con la globalización que no están encontrando respuesta a través del derecho internacional.

Los mecanismos de resolución de disputas internacionales

El derecho internacional ha venido integrando diversos tipos de mecanismos dirigidos a la solución de controversias en diversos ámbitos o áreas. Los mismos van desde espacios estrictamente políticos, hasta espacios de orden más informal, llegando a instituciones con poderes cuasi o judiciales como tal.⁸

El primer mecanismo que debe mencionarse, es el referente a las negociaciones diplomáticas. Como su nombre lo indica, este remite al entendimiento ante todo de tipo político entre los sujetos que forman parte de una diferencia a la luz del derecho internacional. Si bien tiene una entidad por sí mismo, generalmente su uso se considera como etapa previa asociada a otros mecanismos judiciales o cuasijudiciales. Otro instrumento de una racionalidad más política son los buenos oficios, el cual consiste en la acción de un tercero, el cual puede ser un Estado o una organización internacional y donde el papel de estos es buscar un acercamiento entre las partes sin ofrecer ningún tipo de solución. Es de anotar que obviamente los alcances de estos dos mecanismos, sea en su existencia como en la eficacia de su accionar, dependen en última instancia de la voluntad de los estados o de las organizaciones internacionales.

Ya en un orden menos político aunque de un nivel escasamente formal, encontramos los espacios de mediación y conciliación reconocidos por el derecho internacional. El primero refiere a la acción de un Estado u organización internacional o un grupo de ellas que buscan proponer una forma concreta de solución al conflicto, la cual por lo demás es obviamente ausente de un carácter obligatorio. La conciliación tiene el mismo sentido, pero se diferencia de la anterior en que la tercería está en manos de una organización sin autoridad política. Según Diez Velasco, en este caso,

7 Para ver un trabajo muy completo sobre el impacto de la globalización en el derecho internacional puede verse Schiff Berman, 2006.

8 Esta parte se basa en el libro de Diez Velasques, op cit.

el órgano conciliador determina los puntos de hecho, fija los puntos de derecho y propone una solución en torno de la diferencia.

Ascendiendo en nivel de formalización y antes de llegar a los organismos propiamente judiciales, encontramos los mecanismos arbitrales.⁹ Estos se han definido como la solución a un conflicto a través de la intervención de un tercero independiente, unipersonal o colegiado, al cual las partes han investido el poder del resolver el conflicto mediante un procedimiento contradictorio, basado en normas y cuya decisión es vinculante para las partes. De la anterior definición es necesario resaltar en primer lugar que la posibilidad de un arbitraje internacional descansa, como en los anteriores casos, en una expresión de voluntad de las partes de un conflicto, sean Estados, Organizaciones internacionales y hoy por hoy empresas transnacionales. La misma puede ocurrir en un tratado, en una cláusula compromisoria o en un acuerdo arbitral posterior al surgimiento del conflicto.

En un segundo lugar, los miembros de un tribunal de arbitramento actúan como jueces para el caso concreto en cuanto aplican el derecho. Sin embargo, debe anotarse que son posibles también casos de arbitraje mediando ante todo criterios políticos. En líneas generales los tribunales arbitrales tienden a ser de tres personas, dos de ellas puestas por las partes respectivamente y una tercera determinada de común acuerdo.

Finalmente y de gran importancia, la decisión de los árbitros es obligatoria para las partes en conflicto. Esto significa que su validez es contundente sin necesidad de aceptación o ratificación por las partes. Generalmente, las decisiones arbitrales no admiten recursos de apelación o equivalentes. Sin embargo en los diversos instrumentos internacionales pertinentes, se establecen algunos recursos como el de aclaración, reforma o de revisión. Es de indicar que en la legislación colombiana es admisible la posibilidad de recursos contra laudos arbitrales internacionales a nivel nacional.

Ingresando ya a los ámbitos propiamente judiciales, la resolución de conflictos ha entrado a ser objeto de canalización y tratamiento por cortes de diverso orden. Las mismas en líneas generales se caracterizan por ser instancias permanentes creadas generalmente a través de tratados, contar con jueces igualmente permanentes y por lo general independientes, aplicar un derecho previamente establecido, tener jurisdicción obligatoria, garantizar el acceso a estados y/o a individuos según sea el caso y producir decisiones vinculantes (Diez de Velasco, 2003). Las áreas donde

9 Los mecanismos arbitrales internacionales anteceden en el tiempo a los judiciales, siendo esto representado en el Tratado Jay de 1794 entre la Gran Bretaña y Estados Unidos (Brown, 2002).

hoy por hoy se han creado diversas instancias judiciales internacionales se ubican en los ámbitos de los derechos humanos, los aspectos comerciales, el derecho penal internacional y el derecho del mar (Mackenzie, 2003).

La existencia de distintos tribunales en el ámbito internacional se da de manera descentralizada. Esto significa que cada órgano subsiste paralelamente a los otros teniendo sus propios procedimientos y mecanismos. En tal sentido no existe una estructura piramidal con órganos de cierre como sí ocurre a nivel nacional. Por esta dinámica han venido generándose diversas tensiones entre diversos órganos los cuales pueden terminar conociendo de un mismo caso bajo diferentes dimensiones o pueden terminar produciendo decisiones contradictorias sobre un mismo caso (Brown, 2002).¹⁰

Con todo, lo que parece claro hoy en el marco de la solución de conflictos internacionales es un paulatino proceso de judicialización parcial o dominante mediante la institucionalización de algún tipo de organismo permanente sea del tipo corte o similares. Esta tendencia hacia una mayor judicialización, esta vez a nivel internacional, parece romper con el patrón histórico antecedente según el cual, las vías judiciales eran secundarias y menores con respecto a los mecanismos más de orden político o arbitral.¹¹

Una caracterización transversal de los mecanismos

Como se planteó en la introducción, algunas dimensiones de las globalizaciones están siendo conocidas y tramitadas a través de espacios del derecho internacional como los anteriormente identificados. A fin de lograr un mejor conocimiento de su alcance a este nivel, es preciso realizar una caracterización transversal en torno de las siguien-

10 En palabras de Brown “The first problem is the possibility of divergent jurisprudence between different international courts and tribunals, and a resulting ‘fragmentation’ of international law. The second problem is the potential for more than one international court or tribunal to be seized of the same dispute, as has already occurred, and the resulting possibility of conflicting decisions” (Brown, 2002).

11 La primera institución judicial como tal de tipo internacional fue la Corte Centroamericana de justicia, creada en 1890, casi un siglo después del primer mecanismo arbitral arriba indicado (Mackenzie, 2003). Por su parte, Posner ha establecido los principales contrastes entre el arbitramento y las soluciones judiciales en los siguientes términos: “Arbitration’s main weakness is that the disputing states, whose interests and passions are engaged, need not consent to a panel’s jurisdiction; nor need they comply with its judgment, though they frequently do. In contrast, a full-fledged international court has, among other features, (1) compulsory jurisdiction (the court has automatic jurisdiction over certain classes of disputes); (2) a permanent judiciary whose members do not depend on the disputing states for their appointment or salary; and (3) regular procedures and substantive legal rules that are not renegotiated from dispute to dispute.²⁹ In principle, these features should over-come the weaknesses of arbitration, and are widely viewed as improvements.

tes preguntas: ¿Quién los conforma?, ¿Qué tipo de conflictos conocen?, ¿Cómo los afronta o «resuelve» y ¿Qué nivel de eficacia tienen? Para responder a estas preguntas, nos centraremos en los mecanismos de tipo arbitral y/o judicial.

En lo que tiene que ver con su conformación esta se puede ver de manera indirecta y directa. En cuanto lo primero, la existencia y funcionamiento de uno de estos organismos pasa por la expresión de la voluntad del Estado, sea a través de un tratado generalmente o mediante otras formas de expresión más particular y específica. Por tanto, podríamos afirmar que estos organismos están conformados por estados en cuanto son creación de ellos. De manera más directa, los espacios antes identificados están integrados por especialistas, generalmente escogidos por los estados, sea para el caso particular o sea de manera permanente, como ocurre con el Tribunal Internacional de Justicia o la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Como se planteó en la primera parte de este artículo, los conflictos que son conocidos por estas instancias son los que están asociados al incumplimiento o interpretación disputada de alguna norma. Dentro de estas caben tanto las presentes en un tratado internacional y en menor medida las relacionadas con la costumbre internacional como principales fuentes del derecho internacional público. Complementariamente también pueden terminar en instancias especialmente de arbitramento, discusiones jurídicas asociadas a contratos internacionales con participación del estado nación. Con todo, no es fácil determinar por ahora de manera general, que porcentaje o cantidad de conflictos llegan a estas instancias de adjudicación del derecho y no terminan por la vía del arreglo diplomático o la conciliación o mediación. Como es conocido, la experiencia con la OMC muestra el gran impacto de las fases pre contenciosas en la solución de un conflicto. De hecho, algunos autores defienden que los conflictos de la globalización deberían mantenerse y tramitarse más en estos espacios que en los propiamente judiciales (Steven, 2003).

En líneas generales la resolución de estos conflictos sigue un procedimiento previo, sea este el propio de la instancia de solución de controversias o el escogido por las partes. El mismo en general tiende a ser expedito aunque con elementos de alta complejidad técnica según el tema y relacionados con las pruebas. Con todo, la forma de solución del conflicto es institucionalizada, sometida al derecho y por tanto contenciosa y de carácter adjudicativo. Si bien no se puede excluir la existencia de presiones externas asociadas al origen de los jueces y sus propias orientaciones ideológicas o de origen nacional o cultural, se tiene a primera vista la sensación de que estos mecanismos no están influenciados de manera explícita por la dinámica política.

Finalmente, las decisiones tomadas por estas instancias son jurídicamente de obligatorio cumplimiento para las partes, esto si nos atenemos al principio de buena fe

vigente en el derecho internacional público. Dicha obligatoriedad en algunos casos puede precisar la incorporación nacional de la decisión externa generalmente vía el *exequátur*, en otros, excepcionales, puede estar sujeta a sanciones de algún tipo y en otras situaciones puede conllevar su obligatoriedad automática interna, como sería el caso del CIADI.

Con todo, tradicionalmente la ausencia de mecanismos centrales de coerción ha caracterizado al derecho internacional. En tal sentido, salvo contados casos, el cumplimiento de las decisiones de órganos de solución de controversias internacionales está sujeto a la voluntad de los estados, los cuales tienen una importante capacidad de negociación y juego para establecer formas y tiempos de cumplimiento de lo decidido:

... international dispute resolution tribunals are substantially less effective than most domestic courts. The problem is relatively straightforward. International tribunals lack a direct coercion mechanism to compel either appearance or compliance. They must rely instead on such factors as the immediate perceived interests of states involved in particular disputes in securing judicial settlements, their own legitimacy and the legitimacy of any particular judgment reached, the strength and importance of the international legal rules governing a specific dispute, and the general force of normative obligation (Helfer, 1997).

En suma, el derecho internacional público cuenta con un conjunto de mecanismos de solución de controversias que van desde aquellos de carácter más político, hasta los de orden propiamente judicial, pasando por un rango variado de opciones cuasiformales como la mediación, la conciliación y el arbitramento. Su funcionamiento ha descansado en buena parte en la voluntad de los estados que los crean y los admiten y finalmente aceptan sus decisiones como obligantes, muy a pesar de las dificultades de coerción que tiene el derecho internacional público. Con todo, el contexto de la globalización y sus conflictos parece estar ajustando el anterior esquema, aspecto este que abordaremos de manera general en la última parte del presente escrito.

Las transformaciones de los mecanismos de solución de conflictos del derecho internacional en el marco de las globalizaciones

Los estudiosos de la globalización y sus dimensiones han reconocido de diversas formas que esta no ocurre en un vacío institucional o es meramente el producto de las transformaciones tecnológicas que a su vez van acompañadas del surgimiento de nuevas instituciones tales como la *lex mercatoria* (Teubner, 2010). En realidad las globalizaciones operan a través de las instituciones existentes las cuales adoptan de alguna manera, pero a costa de transformarlas parcialmente.

Como bien lo plantea Santos “muchas de las instituciones centrales del sistema mundial moderno aunque permanezcan en el sistema mundial en transición desempeñan hoy funciones diferentes sin que su centralidad se vea afectada” (Santos, 2003). Por su parte Saldivia plantea como “debe diferenciarse la globalización de otros procesos que se encuentran espacialmente más delimitados como son la localización, la nacionalización y... la internacionalización. Esto no implica que la globalización se oponga a estos procesos más focalizados... sino que por el contrario se relaciona con ellos de manera compleja y dinámica” (Saldivia, 2010).

Sin duda el caso más estudiado a este respecto es del mismísimo Estado nación. Autores como Sassen, Santos, Harvey, Jessop, Held etc, coinciden en que la globalización es posible en buen parte por la acción del Estado. En dicho accionar, el mismo, sin embargo se ve transformado y debilitado pues entrega parte de su soberanía, achica su accionar económico y social, fortalece ámbitos antes descuidados etc. Uno de los aspectos más analizados tiene que ver con el proceso de desnacionalización de instancias o ámbitos del estado. Sassen ha logrado mostrar de manera coherente como aspectos de la regulación del sistema financiero a cargo de los bancos centrales se han desnacionalizado e incorporado a una red transnacional enmarcada en el accionar del comité de Basilea. Caso similar está ocurriendo con las llamadas ciudades globales.

Partiendo de este marco, parece pertinente y útil analizar como la globalización está impactando en el derecho internacional y en particular como está transformándolo especialmente en el nivel de los mecanismos de solución de controversias. Siguiendo a Schiff, los referentes tradicionales del derecho internacional se han quedado cortos para entender la complejidad de un mundo de interacciones globales como el actual: “Over the course of the Twentieth Century, international law lost its privileged place as the primary conceptual framework for understanding the cross-border development of norms” (Schiff, 2005).

En concreto, el derecho internacional moderno heredado de la segunda Guerra mundial, se fundaba en dos principios institucionales: 1. se consideraba derecho aquello producido por los órganos nacionales autorizados para ello y 2. El derecho internacional giraba en función de la soberanía del Estado nación.

Los procesos de globalización ha cuestionado el anterior esquema de varias maneras. De un lado, el derecho que regula una parte de las interacciones por fuera del Estado nación ya no es solo el expresado en tratados o costumbres internacionales. Es el producto de foros no gubernamentales de diverso tipo tales como el Comité de Basilea o el accionar de la Cámara de Comercio internacional (Teubner, 2010 y Schiff, 2005). Con estos desarrollos, parece romperse la separación clásica entre el derecho internacional público y el privado. Y finalmente, la idea de soberanía

nacional como referente de medida de la participación de un estado en el derecho internacional es profundamente cuestionada. En efecto, hoy contamos con verdaderas estructuras propiamente supranacionales, es decir instituciones que producen y/o aplican el derecho por encima de los Estados nación, aunque mediando previamente su voluntad para que ello ocurra. Los máximos ejemplos de ellos serían la Comisión europea, el Parlamento europeo e instancias de la Organización Mundial del Comercio: “It is not surprising then that, over the past fifteen years, many international law theorists have shifted their attention to the variety of ways in which the prerogatives of nation-state sovereignty may be affected (and limited) by norms articulated, disseminated, and enforced transnationally or internationally” (Schiff, 2005).

Una de las áreas donde lo anterior ha ocurrido con mayor claridad es el tema de los derechos humanos. Como bien lo plantea Held, visto de manera larga en el siglo XX, ha ocurrido un proceso de generación de un régimen internacional liberal de soberanía. Esto significa que la soberanía aparece limitada por un conjunto de aspectos que se consideran sustanciales y respecto de los cuales el estado soberano debe obediencia y respeto. Algunos ejemplos de ello, serían las primeras normas relacionadas con el derecho internacional humanitario, que limitaron la acción de los estados en materia de los medios y usos reconocibles como legítimos de la guerra internacional. Otro caso sería la enunciación de tratados de derechos humanos que establecen obligaciones de respeto y garantía a los estados, tales como los pactos de la ONU, los tratados americanos y europeo sobre derechos humanos etc. Estos a su vez, han traído aparejados la creación de mecanismos de monitoreo y juzgamiento a los estados por las violaciones a obligaciones internacionales (Held, 2005).

En el anterior contexto, sin embargo, deben resaltarse dos matices. Estas limitaciones a la soberanía de los estados han sido planteadas y aceptadas por ellos mismos en el marco de la negociación y aplicación de tratados internacionales. De otra parte, algunos estados, en algunos casos los más poderosos, no han suscrito ni ratificado los avances más importantes en materia de derechos humanos. Buena parte de ellos siguen considerando que este tipo de normatividades son una limitación a su soberanía (Held, 2005).¹²

Como parte de los desafíos que afectan y transforman el derecho internacional, la justicia internacional afronta igualmente ajustes. La primera transformación

12 “These need emphasizing before any unwarranted complacency slips into the analysis. In the first instance, any assessment of the cumulative impact of the legal and political changes must, of course, acknowledge their highly differentiated character since they are not experienced uniformly by all states and regions. From the UK to Saudi Arabia, and from the USA to China, the extent, nature and form of enmeshment of states in global legal and political structures clearly varies” (Held, 2005).

tiene que ver con los poderes que se le vienen otorgando a algunas instancias de solución de controversias. En concreto, algunas de estas están asumiendo poderes por encima del Estado que limitan o cuestionan claramente su soberanía. Parece que estamos transitando de un ámbito internacional a otro de tipo supranacional.

En efecto, la solución de diferencias bajo el derecho internacional tenía unas características claras. Según Slaughter, se reconocía a los estados la capacidad de ser los únicos litigantes, de consentir o no el uso del mecanismo y de vetar hasta cierto punto el alcance de una decisión. La Corte Internacional de justicia sería el prototipo de este esquema. Frente al mismo se levantaría la justicia supranacional o transnacional la cual se caracterizaría por poder determinar su propia jurisdicción, permitir el acceso de individuos privados, mayor independencia de los tribunales y mayores facilidades para la incorporación nacional de las decisiones internacionales (Helfer, 1997) . El CIADI del Banco mundial se acercaría más a este modelo.

En otros términos, las limitaciones a la soberanía provenientes del derecho internacional se han expresado, entre otros, en instancias internacionales con poderes para aplicar ese derecho a los distintos casos, convirtiéndose en verdaderos poderes supranacionales, es decir con la capacidad de dar órdenes a los estados. Este cuadro, no obstante debe mirarse matizadamente. Mientras el OSD de la OMC puede definir un caso relacionado con el incumplimiento de alguno de los acuerdos abarcados y cuenta con fórmulas para en última instancia obligar a su cumplimiento, no ocurre lo mismo con las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos humanos, la cual toma decisiones pero no siempre son obedecidas por los Estados.

La tesis de la transformación de la justicia internacional en claves supranacionales ligadas a la globalización podría cuestionarse sosteniendo que al menos a nivel de los derechos humanos, su existencia antecedió al surgimiento de los procesos recientes de globalización neoliberal, esto particularmente para el caso latinoamericano. Siendo esto cierto, no invalida, a nuestro juicio, la tesis. Lo nuevo en el escenario de la globalización, y por ende la segunda transformación del derecho internacional es que hoy los clásicos espacios internacionales de derechos humanos son un referente de la sociedad civil para la lucha por los derechos humanos y adicionalmente su existencia se ha venido fortaleciendo en la medida en que se ha facilitado de alguna manera su acceso y su accionar a través de reformas al procedimiento. En otros términos, presenciamos una intensificación del uso de estos mecanismos (particularmente los de derechos humanos) que ha conllevado su ajuste y su fortalecimiento, aunque, como se mencionó antes, existen limitaciones aún provenientes de la soberanía del estado nación.

En suma, los procesos de globalización han transformado el derecho internacional de varias formas. En lo que hace a los mecanismos de solución de controversias o

justicia internacional objeto de este trabajo, la transformación ha consistido en un crecimiento de las instancias como tal, en un empoderamiento progresivo que les permite tomar decisiones aun en contra de la voluntad e intereses del estado y en una intensificación del uso social del mismo en cuanto referente hoy casi obligado en los imaginarios de la cultura jurídica de los diversos países.

Conclusiones

Los procesos de globalización, más en unas dimensiones que en otras, han afectado el derecho internacional público. De un lado, una parte de los conflictos generados al interior de aquella, se vienen conociendo y afrontando por instituciones del derecho internacional. Es así como los conflictos en torno del comercio internacional o de las inversiones internacionales se vienen asumiendo parcialmente a través de instancias como el CIADI y el OSD de la OMC. Por su parte, los conflictos en torno de los derechos humanos como referente hoy por hoy universal de limitación de los estados y particularmente del accionar para su defensa por parte de los individuos, vienen siendo conocidos desde los ámbitos políticos de la ONU, hasta las distintas cortes de derechos humanos.

El tránsito de estos conflictos en instancias como las mencionadas, está sin embargo limitado. A los mecanismos de solución de controversias generados por el derecho internacional y descritos anteriormente, solo pueden entrar aquellos conflictos que el mismo derecho internacional reconoce como tales y en igual sentido solo pueden acceder aquellos sujetos reconocidos por el mismo, en concreto, los estados, las organizaciones internacionales y en menor medida los individuos y/o las empresas. Esto significa que otro tipo de conflictos tales como el impacto de la globalización económica en los derechos humanos, el medio ambiente o el desarrollo, no cuentan con cauces formales para la solución de conflictos, quedándose en el ámbito ante todo político o social internacional. En tal sentido, las organizaciones sociales, los pueblos y otro tipo de sujetos tampoco tienen acceso a solucionar judicial o cuasijudicialmente estos temas por fuera de sus fronteras.

Todo lo anterior, está a su vez impactando en la configuración misma de la justicia internacional. Ateniéndonos a lo planteado por Sassen y Santos sobre como la globalización ajusta y recodifica la institucionalidad existente, aquella ha afrontado tres ajustes: de un lado, ha crecido numéricamente, mostrando la necesidad de generar espacios para permitir el cumplimiento de lo establecido jurídicamente a nivel internacional; en segundo lugar, las instancias de solución de controversias han adquirido en algunos casos poderes supranacionales que limitan la soberanía de los estados y finalmente, la globalización ha traído una intensificación en el uso de estos mecanismos.

Bibliografía Referenciada

- BAUDENBACHER, Carl. Judicial Globalization: New Development or Old Wine in New Bottles. En: *Tex. Int'l L.J.* Vol. 38, (2003): p. 505
- BROWN, Chester. The proliferation of international Courts and Tribunals: finding your way through the maze. Review Essay. En: *Melbourne Journal of International Law*. Vol. 3 (2002): p. 453
- BURGOS, Germán. *Estado de Derecho y Globalización*. Bogotá: U.N-ILSA, 2009.
- CORTÉS, Fernando. *Justicia Global, Derechos Humanos y responsabilidad*. Bogotá: Siglo del Hombre, 2007.
- DIEZ de VELASCO Manuel. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Tecnos, 2003.
- DOMINGO, Rafael. *Hacia un Derecho global*. Madrid: Thomson Aranzadi, 2006.
- HARVEY, David. *Espacios de esperanza*. Madrid: Akal, 2003.
- HELD, David. *Globalization, International Law and Human Rights*. Lecture presented on 20 September 2005 at Human Rights Center, University of Connecticut. 2005. http://www.lse.ac.uk/Depts/global/Publications/PublicLectures/PL_GlobalizationInternationalLawandHumanRights.pdf
- HELPER, Laurence y SALUGHTER, Anne-Marie. Toward a Theory of Effective Source. En: *The Yale Law Journal*. Vol. 107, No. 2 (Noviembre. 1997): p. 273-391
- MACKENZIE, Ruth y SANDS, Philippe (2003) *International Courts and Tribunals and the Independence of the International Judge*. En: *Harvard International Law Journal*. Vol. 44, No. 1 (2003): p. 271-285
- PIPAN, Anita. *Los derechos humanos y la OMC*. Buenos Aires-Madrid: Cuadernos de Época. Escuela de posgrado ciudad argentina, 2006.
- POSNER, Eric A. y YOO, John C. *Judicial Independence in International Tribunals*. En: *California Law Review*, Vol. 93, No. 1 (Jan., 2005): p. 1-74
- SALDIVIA, Laura (Compilador). *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Nuevo pensamiento jurídico, Universidad de los Andes, 2010.
- SASSEN, Saskia (2010), *Desnacionalización del las políticas estatales y privatización de la producción de normas*. En: SALDIVIA, Laura. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Nuevo pensamiento jurídico, Universidad de los Andes, 2010.
- SCHIFF, Berman. *From International Law to Law and Globalization*. En: *University of Connecticut School of Law Articles and Working Papers*, Paper 23. (2005) http://srnellco.org/uconn_wps/23
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. *La Caída del Angelus Novus: Ensayos para una nueva teoría social y una nueva práctica política*. Bogotá: Ilsa, 2003.

- STEVEN, Ratner (2003). The International Criminal Court and the Limits of Global Judicialization, En: *Tex. Int'l L.J.* Vol. 38, No. 3 (2003): p. 445.
- TEUBNER Gunther: Regímenes globales privados: Derecho neoespontáneo y constitución dual de sectores autónomos En: SALDIVIA, Laura. *Estado, soberanía y globalización*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Nuevo pensamiento jurídico, Universidad de los Andes, 2010.
- TIBA, Kebede (2006) What Caused the Multiplicity of International Courts and Tribunals? *Gonz. J. Int'l L.* Vol. 10 (2006): p. 202



Título: Rastros de restos serie 2

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

CONFLICTO COLOMBO-ECUATORIANO 2006-2009: DIPLOMACIA POR UNA PACIFICACIÓN FORZADA*

* Este artículo es producto del trabajo desarrollado para el curso “Sociopolitique des conflits armés” dirigido por la profesora Ekaterina Piskunova en la Universidad de Montréal durante el invierno 2011 en el marco del programa de intercambio CREPUQ.

Fecha de recepción: septiembre 5 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 2 de 2011

CONFLICTO COLOMBO-ECUATORIANO 2006-2009: DIPLOMACIA POR UNA PACIFICACIÓN FORZADA

*Diana Patricia Higuera Peña***

RESUMEN

Este artículo es un intento por comprender en clave realista las causas del conflicto colombo-ecuatoriano durante el período 2006-2009. En ese sentido se exploran las características y transformaciones del conflicto armado así como el manejo de la diplomacia y relaciones internacionales del Estado colombiano. En un contexto de inestabilidad política interna, los Estados procuran extracción y validación externa; en ese orden de ideas se analiza el período de la crisis, en el que Colombia se decantó por una diplomacia de la “pacificación forzada” de conformidad, primero, con la actitud internacional de lucha antiterrorista y, segundo, con un programa nacional de viejo cuño para la superación del conflicto interno. Esta postura contrastó en todo con la actitud pacifista del gobierno de Ecuador, lo que permitió el inicio, desarrollo y agudización del conflicto fronterizo.

Palabras clave: Conflicto Colombia-Ecuador, conflicto armado colombiano, Plan Colombia, relaciones internacionales, realismo clásico, realismo estructural, pacificación, diplomacia.

COLOMBIA-ECUADOR CONFLICT 2006-2009: DIPLOMACY FOR A FORCED PACIFICATION

ABSTRACT

The following article is an attempt to understand in accordance with realist thinking, the causes of conflict between Colombia and Ecuador during 2006-2009. In this sense, it explores the characteristics and transformations of the armed conflict, as well as the management of the diplomacy and international relations of the Colombian State. In an internal political instability context, the States seek external extraction and validation; in this vein is analyzed the crisis period, which Colombia opted for diplomacy of the “forces pacification” according to the international attitude of fight against terrorist and an old national program which tries overcoming the internal conflict. This stance contrasted with the Ecuadorian government pacifist attitude, allowing the beginning, developing and worsening of the border conflict.

Keywords: Colombia-Ecuador conflict, Colombian armed conflict, Plan Colombia, international relations, Classical realism, Structural realism, pacification, diplomacy.

** Estudiante de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia (Medellín).

CONFLICTO COLOMBO-ECUATORIANO 2006-2009: DIPLOMACIA POR UNA PACIFICACIÓN FORZADA

1. Introducción

Las relaciones entre Colombia y Ecuador, específicamente durante el período 2006-2009, se caracterizaron por sucesivos desencuentros y tensiones que afectaron sus nexos políticos, diplomáticos y comerciales. Son variadas las explicaciones del conflicto que van desde la personalización de la diplomacia en las administraciones Bogotá-Quito y la internacionalización del conflicto armado colombiano hasta intervención manifiesta de la política norteamericana en la región.

La narración de ciertos acontecimientos históricos y el interés en su explicación no es, como se quiere ver, una simple captura objetiva y cronológica de eventos que tuvieron lugar en un espacio y tiempo determinados; la escogencia de los acontecimientos relevantes y su interrelación es, en sí, un acto subjetivo e implica la asunción de una específica perspectiva.¹ Así, para descripción del contexto del conflicto colombo-ecuatoriano se preferirá adoptar el paradigma realista, el cual resalta los nexos y el nivel de interacción entre la estructura doméstica y el sistema internacional.

Resulta apenas evidente que la prolongación e intensificación del conflicto por más de cuatro décadas así como la incapacidad del Estado colombiano para confinar hacia el interior de sus fronteras los enfrentamientos, controlar el tránsito de actores armados, narcotráfico, migraciones irregulares, desplazamientos, fumigaciones y demás, ha desencadenado efectos adversos que soportan países vecinos en sus zonas limítrofes (Venezuela, Perú, Panamá, Brasil y Ecuador) bajo el fenómeno de la internacionalización del conflicto armado.

No obstante, en aras de precisar un determinante particular de la ruptura de relaciones políticas durante el período indicado, se debe hacer caso especial de la ayuda militar y económica del gobierno de Estados Unidos hacia el Estado colombiano denominado “Plan Colombia” cuya ejecución inició en el año 1999 bajo la mo-

1 Al respecto, traigo a colación lo expresado por Barzun: “...en los hechos no hay nada personal, pero sólo hay en la elección y asociación de los mismos. Es mediante esta formación de pautas y significado que se les adscribe como se transmite dicha visión” Cfr. BARZUN, Jacques. *Del amanecer a la decadencia*. Quinta Edición. Madrid: Taurus, 2004, pp. 13-14. Citado en ARIZA ZAPATA, Carolina y MONTOYA RESTREPO, Nataly. *Los avatares de una guerra innominada: Apuntes acerca de la caracterización y denominación del conflicto armado colombiano* (Grupo de investigación derecho y poder). Medellín: Universidad EAFIT, 2010. p.10.

alidad, primero, de lucha antidrogas² pero que subrepticamente ha adquirido la imagen de una lucha antiterrorista de connotaciones contrainsurgentes³.

Con el objetivo de brindar los elementos teóricos que permitan la explicación de las causas del conflicto colombo-ecuatoriano se continuará en lo fundamental el siguiente esquema de exposición: i) la caracterización insuficiente aunque necesaria del conflicto armado colombiano y su internacionalización, ii) la presentación cronológica de los hechos que marcaron las tensiones entre Colombia y Ecuador y, finalmente, atendiendo a las especificidades de los hechos narrados, iii) la adopción de un enfoque teórico y su aplicación con el ánimo de aportar una respuesta causal al fenómeno.

2. Conflicto armado colombiano⁴

2.1 Caracterización y contexto

Lo primero será decir que el conflicto armado colombiano tiene muchas dinámicas

2 “La justificación para que este tipo de acciones se presenten en esta zona, esta dada (sic) por la concentración de cultivos ilícitos para el procesamiento de drogas ilegales, así como por la presencia de grupos insurgentes. Esta situación la demuestra claramente el informe de Naciones Unidas, “World Drug Report”, de los años 2006, 2007 y 2008, donde se puede apreciar que la zona fronteriza de los departamentos de Nariño y Putumayo en Colombia, presentan una alta concentración de cultivos ilícitos.” ARROYO, Santiago y BOLANOS, Juan. *Tensión diplomática entre Colombia y Ecuador durante 2006-2009: Una mirada desde la teoría de los juegos*. Anales de la Asociación Argentina de Economía Política, Noviembre 2010: p. 3. Disponible en línea <http://www.aep.org.ar/anales/works/works2010/arroyo.pdf> (6 de marzo de 2011)

3 La difícil distinción entre la lucha contra el tráfico de estupefacientes y la insurgencia colombiana (actualmente representada por la guerrilla de las FARC -Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- y del ELN -Ejército de Liberación Nacional-) es un asunto de vieja data. Ya en el año 1982 la *Revista de las Fuerzas Armadas* revelaba los primeros vínculos de la lucha guerrillera con la marihuana en 1977 y luego con la cocaína a comienzos de la década de los 80. No obstante, estos mismos vínculos tuvieron mayor eco cuando el entonces embajador de Estados Unidos en Colombia, Lewis Tambs, adoptó el término “narcoguerrilla” para referirse a una alianza entre narcotráfico e insurgencia. Desde entonces se ha formulado incesantemente el interrogante sobre si las negociaciones de paz que se pretenden adelantar con tales grupos son diálogos de tipo político o con agrupaciones mafiosas y criminales. Cf. TOKATLIAN, Juan Gabriel. *Colombia en guerra: las diplomacias por la paz*. Desarrollo Económico, Vol. 39, N° 155 (octubre-diciembre, 1999): p. 346.

Esta misma dinámica ha justificado la ampliación sin lugar a dudas de la esfera de acción de Estados Unidos en la región a través del Plan Colombia cuyas consecuencias militaristas se han intensificado luego de los ataques del 11 de septiembre.

4 En este punto, cualquier intento por ofrecer una descripción acaba del conflicto colombiano está condenado al fracaso. Se hace impropio una exhaustiva revisión en un espacio tan corto y, más aún, cuando el cometido principal es el análisis del conflicto colombo-ecuatoriano durante el período 2006-2009. Así, se evaluará con cierta indulgencia la caracterización que aquí se ofrece y que, no obstante, es útil para entender el fenómeno que se examina. En lo que sigue sobre la descripción del conflicto armado colombiano, se hace lectura de las líneas fundamentales del resultado de un trabajo de investigación reciente sobre la materia: ARIZA ZAPATA, Carolina y MONTOYA RESTREPO, Nataly, op. cit.

complejas en lo que se refiere a su denominación⁵, ubicación temporal⁶, actores⁷ y métodos. Ha sido clasificado como un conflicto irregular: los actores no siempre se diferencian de la sociedad civil, los métodos empleados no son los mismos del enfrentamiento directo y los objetivos no son estrictamente militares.

Podríamos sucintamente decir que el conflicto armado colombiano actual tiene sus orígenes en la década de los 60 con el surgimiento de los primeros grupos guerrilleros durante el segundo mandato del Frente Nacional⁸. Se distinguen varias etapas: durante las décadas de los años 60-70 las guerrillas estuvieron en formación; luego se inicia la expansión y el despliegue militar en los 80; la década siguiente fue cúspide del conflicto ya que se fortalecieron de forma paralela las guerrillas y

5 Como se ha dicho, en Colombia tuvo lugar una discusión (con su punto altisonante en el año 2005) en torno a la denominación del conflicto armado. Pero esta discusión desborda el aspecto teórico y semántico. Siguiendo el camino del gobierno Uribe, llamar a los integrantes de grupos guerrilleros “terroristas” tiene por cometido negar su carácter de organización armada con ideología y fines políticos determinados además de descartar cualquier posibilidad de salida negociada al conflicto ya que el “enemigo” debe ser aniquilado definitivamente.

El marco de la discusión fue la lucha internacional contra el terrorismo iniciado por EE.UU luego de los ataques del 11 de septiembre, lo que condujo al gobierno a abrir el debate en torno a la denominación del conflicto: si se trata de una amenaza terrorista, entonces el contendor ya no tiene estatus de beligerancia, sólo hay que combatirlo hasta aniquilarlo. Esto implica, en todo caso, consecuencias también en el orden jurídico: entre más se niegue el conflicto por parte del gobierno, menos compromiso sentirán los actores en el respeto de las normas del Derecho de guerra.

6 La delimitación temporal del conflicto es ella misma un problema: ¿el actual conflicto colombiano encuentra su origen en el período de La Violencia que vivió Colombia a mediados del Siglo XX o hay una discontinuidad entre uno y otro? Lo cierto es que Colombia ha mantenido un estado de violencia de más de 50 años. Sin embargo, hay fronteras temporales mínimas que permiten diferenciar 3 etapas del desarrollo de la violencia: 1) Las guerras civiles del Siglo XIX; 2) “La Violencia” y 3) el conflicto armado actual.

7 Puede sostenerse que el conflicto colombiano ha tenido tres actores: la guerrilla, el Estado y los paramilitares aunque dicho de ese modo la afirmación no es pacífica. El primer tropiezo es la imagen del Estado como *actor* ya que el gobierno colombiano pretende mostrarse como única institución con el monopolio de la fuerza legítima, así que todas sus victorias militares como sus reformas jurídicas se dirigen a la transformación del contendor político en enemigo y no en interlocutor. En segundo lugar, se continúa mencionando a los grupos de autodefensa como actores del conflicto porque, a pesar de hablarse de su *desmovilización*, no es posible hablar de la desaparición del fenómeno paramilitar. El gobierno evidentemente no comparte esta postura porque sería tanto como anular su gestión. Pero evidencias empíricas muestran que el paramilitarismo continúa siendo un actor en el conflicto si se tiene en cuenta que algunas facciones no se desmovilizaron, algunos de los desmovilizados se rearmaron y los vacíos territoriales fueron aprovechados por los “grupos emergentes” o “neoparamilitarismo”. En tercer lugar, debe acentuarse la participación de los actores indirectos: Estados, organizaciones internacionales, ONG’s.

8 El Frente Nacional fue un pacto político y electoral entre liberales y conservadores quienes se repartieron el poder durante 16 años (de 1958 a 1974) luego de la Junta Militar que gobernó al país en los años 1957-1958. Como hecho concreto está el surgimiento de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y del Ejército de Liberación Nacional (ELN) en 1964. En 1965 se formó el brazo armado del Partido Comunista con el nombre de Ejército de Popular de Liberación (EPL). En 1970 se creó el Movimiento 19 de abril (M-19). Finalmente, en 1980 se formó el Comando Quintín Lame. De todos ellos, sólo permanecen activos las FARC y el ELN; los demás grupos se desmovilizaron.

ejércitos paramilitares (los que se unieron bajo el nombre único de Autodefensas Unidas de Colombia -AUC- en 1997). A este último período que va desde 1995 a 2002 se le conoce precisamente como “El Recrudescimiento” por la magnitud del conflicto, el número de actores, la escala de recursos técnicos y económicos y la afectación creciente del tráfico de droga. Precisamente durante la década del 90 ocurrió el desmantelamiento de organizaciones narcotraficantes (carteles) y el fortalecimiento de la financiación de las estructuras armadas del conflicto con dineros del narcotráfico.

Para el año 2002 avanza otra etapa: primer período presidencial de Álvaro Uribe Vélez en el cual se implementó el programa político de la Seguridad Democrática y se lograron los acercamientos que llevarían a la “desmovilización” de la estructura paramilitar. Algunos expertos han denominado el período comprendido entre 2003-2008 como de “Reacomodamiento”, en el que el Estado inició un ataque frontal contra la guerrilla y mostró su superioridad en materia militar en efectivos, tecnología e inteligencia. La guerrilla debió entonces reorganizar su estrategia para responder a la ofensiva del Estado. Durante este período, los ejércitos paramilitares se encontraban en proceso de diálogo con el gobierno.

2.2 Internacionalización del conflicto

Hay que resaltar que la internacionalización del conflicto armado colombiano tiene antecedentes en los inicios de la confrontación (64-89) con la financiación económica por parte de la URSS a la guerrilla colombiana; luego y hasta nuestros días, se trata del apoyo (económico, militar, diplomático) fundamentalmente de los Estados Unidos en la lucha contrainsurgente. El Estado norteamericano ha financiado a través del Plan Colombia⁹ la lucha contra la droga, sin embargo, durante el

9 Los resultados del Plan Colombia, luego de diez años y de varios miles de millones de dólares invertidos, son más cercanos a la visión de sus críticos. La Oficina de rendición de cuentas del Congreso de los Estados Unidos (GAO) afirma: “resultados aceptables en términos de seguridad en Colombia, malos en la reducción de la oferta de drogas ilícitas en Estados Unidos”. La oferta y los precios de “las drogas en las calles se han modificado, el mercado europeo de narcóticos se encuentra en auge y la prosperidad del negocio es tal que países africanos han entrado en la competencia, en tanto otros dentro de América Latina están sufriendo los peores horrores de este tráfico” *El Plan Colombia diez años después*. Disponible en línea: <http://www.elspectador.com/articulo130073-el-plan-colombia-diez-anos-despues> (Editorial El Espectador, 23 de marzo de 2009).

El gobierno reconoce que “son muchos los retos que enfrenta Colombia para alcanzar una democracia sólida y un país en paz” al tiempo que remarca los resultados positivos del Plan en: reducción de la violencia y recuperación de la seguridad, aumento del control territorial, reducción de cultivos ilícitos, interdicción y extradición, crecimiento económico, acceso al sistema judicial y prevención y promoción de los Derechos Humanos (DDHH) y del Derecho Internacional Humanitario (DIH). Con los desafíos que restan se plantean “la necesidad de continuar con el apoyo internacional como un importante complemento a los esfuerzos nacionales” (Balance al Plan Colombia 1999-2005. Departamento Nacional de Planeación – Dirección de Justicia y Seguridad (Presidencia de la República), sep. 2006, pp.9-43. (Disponible en internet).

período de la “Seguridad Democrática” -en la que se trató de mostrar el conflicto colombiano como una “amenaza terrorista”-, su bandera ha permitido usar indistintamente los discursos de la lucha contrainsurgente y antinarcóticos¹⁰. En el marco de la internacionalización devienen los desequilibrios que en los aspectos político y económico se han tenido con países vecinos como Venezuela y Ecuador, al punto de sostenerse que el conflicto armado colombiano es una amenaza para la región.

3. Sucesos críticos del conflicto colombo-ecuatoriano

Las relaciones entre Colombia y Ecuador han estado cifradas en términos de cordialidad y cooperación desde sus orígenes como repúblicas debido a la proximidad geográfica, la cercanía cultural y la creciente interdependencia (acuerdos en materia comercial, de seguridad y vigilancia en la frontera, turismo, cooperación cultural), consolidadas luego en instituciones bilaterales y multilaterales (Comisión de Vecindad y la actual UNASUR). Los mecanismos de diálogo directo y líneas de acción conjuntas en temas de interés común entre ambos estados han fortalecido los acercamientos diplomáticos pero un elevado nivel de interdependencia, no obstante, comprende también soportar los efectos (negativos o positivos) de las políticas adoptadas por alguno de ellos. En ese sentido los académicos Joseph Keohane y Robert Nye expresan que: “La interdependencia afecta a la política mundial y el comportamiento de los Estados, pero las acciones gubernamentales también influyen sobre los modelos de interdependencia. Al crear o aceptar procedimientos, normas

La oposición presenta otra cara. El MOIR, movimiento de izquierda que milita como una tendencia dentro del partido de oposición Polo Democrático Alternativo asegura, *grosso modo*, que el *Plan* en Colombia tiene resultados mixtos: no tiene apoyo legal ni ciudadano; la inversión nacional es, en gran medida, financiado por crédito; el porcentaje del PIB en “Seguridad y defensa” para Colombia se triplicó mientras que el pie de fuerza se duplicó; las áreas sembradas de coca solo se redujeron al 50% en 2010 (pero crecen en Perú, por ejemplo) y la reducción del narcotráfico no supera el 20%; cifras de desplazamiento forzado que todavía son preocupantes (rural-urbano e intraurbano); crisis diplomáticas y comerciales con países vecinos además de cuestionamientos por daños humanos y ambientales causados por las aspersiones con glifosato. SUÁREZ MONTOYA, Aureliano. *Una década de Plan Colombia*. Bogotá, 25 enero de 2011. Disponible en línea: <http://www.moir.org.co/Unadecada-de-Plan-Colombia.html> (25 de enero de 2011)

- 10 Investigaciones demuestran, sin embargo, “los progresos contra el narcotráfico no necesariamente implican un progreso en el enfrentamiento entre el gobierno y la guerrilla, a menos que la contundencia de las acciones gubernamentales fuera tal que redujera sustancialmente las rentas del negocio como tal” Cfr. RESTREPO, Jorge A., SPAGAT, Michael y VARGAS, Juan F. El conflicto en Colombia: Quién hizo a quien? Un enfoque cuantitativo (1998-2003). Citado en: *Los avatares de una guerra innominada...* p. 15

o instituciones para ciertas clases de actividades, los gobiernos regulan y controlan las relaciones inter-gubernamentales”¹¹

En efecto, para el año 2000 el viraje de las relaciones amistosas entre Colombia y Ecuador fue radical: el detonante fue sin lugar a dudas la ejecución por parte del gobierno colombiano, en el marco del Plan Colombia, de una estrategia financiada por Estados Unidos para el fortalecimiento de las Fuerzas Militares y la Policía con el objetivo de luchar contra el flagelo del narcotráfico y luego, en la administración Bush, contra los grupos “terroristas”. Bajo los auspicios del gobierno americano fueron financiados, a su vez, el Plan Patriota (2004), el Plan Victoria (2006) y el Plan Consolidación (2008)¹².

Durante el período 2006-2009 se presentan los episodios más críticos de un conflicto que comenzó por minar las relaciones diplomáticas, pasó por la presentación de una demanda ante la Corte Internacional de Justicia y la OEA contra Colombia hasta llegar al punto, incluso, de amenazar con un conflicto de escala regional al movilizarse efectivos militares en la frontera (no solo ecuatoriana sino venezolana). Revisando en detalle los aspectos más sobresalientes del conflicto se tiene que existen dos períodos: el primero de ellos corresponde al gobierno del ex-presidente Alfredo Palacio (2006-2007) mientras que el segundo (2007-2009), caracterizado por el incremento de las “hostilidades”, corresponde al gobierno del actual presidente ecuatoriano Rafael Correa.

2.1 Período 2006-2007: Gobierno de Alfredo Palacio

Con ocasión del acostumbrado manejo pacifista de la política internacional por parte de Ecuador¹³, las relaciones de Colombia con el vecino país estuvieron enmarcadas en un contexto de tensiones moderadas que, bajo el uso de los canales diplomáticos, lograban superar los desacuerdos. Uno de los primeros hechos que minó las relaciones binacionales tuvo lugar el 28 de enero de 2006 cuando la Fuerza Aérea Colombiana traspasó la frontera ecuatoriana violando su soberanía territorial. El 10 de febrero de 2006 el gobierno ecuatoriano reaccionó y exigió el respeto de la soberanía de su país así como su exclusión del conflicto armado interno; en ese

11 Keohane, Robert y Nye, Joseph. *Poder e interdependencia*. Buenos Aires: GEL, 1988. Citado en: LASSO AMAYA, Carolina. *Impacto del conflicto armado en la frontera colombo-ecuatoriana y sus implicaciones en las relaciones diplomáticas a partir de la implementación del Plan Colombia hasta diciembre de 2009* (Tesis de grado). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá: 2009. p. 15. Disponible en línea: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/1161/3/Anexo2.pdf> (6 de marzo de 2011).

12 *Ibid.*, pp. 7-8.

13 *Ibid.*, p. 21

sentido, el gobierno ecuatoriano llama a consultas a su embajador en Colombia. El 18 de marzo de 2006 en el marco de la Comisión Binacional Fronteriza (COM-BIFRON), ejemplo del mantenimiento de la cordialidad y el diálogo directo, el gobierno ecuatoriano presenta pruebas contra Colombia sobre la violación del espacio aéreo al punto que éste insiste en que nunca se traspasó la frontera.

Durante los meses de julio y agosto de 2006 ocurre otro enfrentamiento en la zona fronteriza entre grupos ilegales colombianos y el Ejército de Ecuador, lo que obliga al gobierno de Palacio al traslado de unidades militares hacia el límite con Colombia para asegurar la zona. Estos hechos, con todo, representan la incapacidad de mantener el conflicto dentro de las fronteras y superar la crisis doméstica. A finales del mismo año (11 de diciembre de 2006), en un gesto poco amistoso para el vecino país, el gobierno colombiano decide reanudar las fumigaciones con glifosato que habían sido suspendidas debido a las continuas quejas de Ecuador por los efectos nocivos para la población y el suelo cultivable¹⁴. Por este hecho el gobierno de Ecuador vuelve a llamar a consultas a su embajador.

2.2 Periodo 2007-2009: Gobierno de Rafael Correa

El arribo al poder del actual presidente Rafael Correa marca una segunda etapa en el decurso de los hechos ya que con él se inicia una nueva dinámica, que él mismo anuncia como fuerte y radical, en las relaciones binacionales hasta el momento caracterizadas por una *tensión cordial*. Este período inicia con un acto inquietante en el plano de las relaciones binacionales: el 15 de enero de 2007 el gobierno de Ecuador demanda a Colombia ante la OEA por los efectos negativos de las fumigaciones en zona de frontera. El 10 de febrero el gobierno colombiano anuncia el fin de las fumigaciones aéreas y el comienzo de la erradicación manual, aviso que es entendido como el inicio del restablecimiento de las relaciones entre ambos países, de suerte que el 16 de abril de 2007 regresa a Bogotá el embajador ecuatoriano. Sin embargo, a principios del año siguiente se vive la atmósfera más turbia de las relaciones colombo-ecuatorianas: el 1 de marzo de 2008, tras un ataque aéreo perpetrado por militares colombianos fue abatido en territorio ecuatoriano Raúl Reyes, uno de los principales cabecillas del grupo subversivo FARC y miembro de su secretariado.

Este hecho significa una violación al espacio aéreo de Ecuador y, por contera, de la soberanía del vecino país. Se advierte de soslayo que un ataque por parte de las Fuerzas Militares implica en ocasiones una declaratoria de guerra. Así, inmediatamente

14 Ibid., pp.13-15.

el gobierno colombiano decidió dejar en claro sus intenciones por lo que declaró que su objetivo con los ataques perpetrados consistía en combatir al terrorismo por la vía militar. Con todo, la “ofensiva diplomática” iniciada por Correa no dio espera: denunció ante los demás países del continente la agresión del gobierno colombiano aspirando a la *búsqueda del equilibrio en la región*¹⁵. Luego de este escandaloso hecho, el más visible detonante del conflicto y que representó, además de víctimas humanas, el mayor descalabro en las relaciones binacionales; digo que luego de los ataques del 1 de marzo, el presidente ecuatoriano decide romper relaciones con Colombia. Los encuentros posteriores van a estar enmarcados en continuas disputas verbales o *diplomacias del micrófono*¹⁶ que afectarán en mucho los intentos por restablecer -fundamentalmente por parte de las instituciones colombianas ya que dicho Estado fue quien cometió la agresión- las relaciones de cordialidad de antaño. Sin consolidarse ninguna solución, el 28 de junio de 2008 se suspenden indefinidamente las relaciones colombo-ecuatorianas por iniciativa de Correa¹⁷. El 14 de marzo de 2009 una misión de observación de la OEA visita Ecuador luego de la demanda interpuesta por este país a Colombia con ocasión del bombardeo al campamento de Reyes. La misión confirma la delicada situación interestatal y propicia las condiciones y el escenario para superar las diferencias pero nuevamente la diplomacia personalizada tiende trabas en la solución de la crisis y los presidentes de los respectivos países no abandonan la oportunidad de enviarse mensajes pendencieros a través de los medios de comunicación. Finalmente el 15 de agosto de 2009, tras la cumbre de UNASUR, luego de un año y medio del hecho detonante de la crisis y la consecuente ruptura de relaciones binacionales, se cambia la retórica radical que hasta entonces imperaba; las administraciones de

15 De acuerdo con Arroyo y Bolaños, “[e]sta acción supone la búsqueda de un equilibrio en la región, es decir, ante el ataque militar, el país afectado busca compensar el desequilibrio de poder de Colombia, a través de la búsqueda y consolidación de alianzas con el resto de países de la región” *Tensión diplomática entre Colombia y Ecuador...*p.6. En esa misma línea de pensamiento se enmarca el llamado “Plan Ecuador” cuya propuesta regional de paz, equidad y desarrollo viene a hacer contrapeso al proyecto norteamericano del Plan Colombia que es, sin lugar a dudas, de corte militarista. Cf. *Impacto del conflicto armado en la frontera colombo-ecuatoriana...*p. 22-24. Asimismo, léase en Lorena Isabel SÁNCHEZ DE LA VEGA el surgimiento del Plan Ecuador en el marco de una política de no-intervención y respeto por la soberanía colombiana en la política exterior de Ecuador (SÁNCHEZ DE LA VEGA, Lorena Isabel. *Ecuador frente al Plan Colombia. Inseguridad en la frontera colombo-ecuatoriana*. Revista IDDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), Vol. 38 (julio-diciembre, 2003): pp. 214-215.

16 *Impacto del conflicto armado en la frontera colombo-ecuatoriana...*p. 32.

17 Los efectos nocivos de la personalización de la diplomacia en cabeza de un ejecutivo ávido de popularidad no solo se miden por el resquebrajamiento de las relaciones en el alto nivel de la diplomacia. Necesariamente, sin el eufemismo de los “daños colaterales”, se ve involucrada la sociedad civil en el torbellino de las disputas interestatales que, para el caso concreto se expresan en: cese de actividad comercial en la frontera, cierre o control riguroso en la zona limítrofe para el tránsito de personas, militarización de la zona.

Quito y Bogotá acuerdan buscar una salida pacífica al conflicto; el 23 de noviembre de 2009 regresan a las embajadas los diplomáticos y se inicia un período de restablecimiento de las actividades binacionales.

4. Marco teórico y aplicación

Dadas las particulares condiciones de conflictividad doméstica de Colombia y por tratarse del Estado que “ataca” o inicia el desencuentro binacional, se entenderá necesario comprender el manejo de las relaciones internacionales en un escenario de guerra doméstica. Se viene de ofrecer un panorama de la altamente conmocionada situación interna y de los puntos principales de la disputa. Ahora, ¿qué motiva uno y otro comportamiento de los actores? El plexo teórico que ofrece el estudio de las relaciones internacionales permite la utilización de múltiples aproximaciones; sin embargo, en lo que concierne a la adopción y aplicación de una teoría plausible para entender las causas del conflicto colombo-ecuatoriano, se preferirá para el análisis una teoría de corte realista. Esto, por cuanto el marco típico de la diplomacia es el de las relaciones entre Estados y la responsabilidad por la paz interna es un asunto estatal.

Mastanduno, Lake e Ikenberry¹⁸ combinan las escuelas del realismo clásico y el realismo estructural para explicar el comportamiento interno y externo de los Estados. Insistiendo en los conceptos claves, se tiene que para el realismo clásico el sistema internacional es por antonomasia conflictivo y predomina la competencia por el poder entre estados soberanos, los cuales actúan de manera racional y unitaria en procura de la satisfacción de sus intereses nacionales. En ese sentido se asume que “la naturaleza de la política interna es relevante para entender las posibilidades de éxito de acuerdo con los objetivos internacionales trazados por un Estado.”¹⁹ De otra parte, el realismo estructural es útil para el presente examen ya que el comportamiento de los estados, en tanto unidades del sistema internacional, se explican en el marco de la estructura en la que están contenidos y que, por principio, es

18 Michel MASTANDUNO, David A. LAKE y G. John IKENBERRY: “Towards a Realist Theory of State Action” en *International Studies Quarterly*, vol.33, N°4, 1989. Citado en *Colombia en guerra...*p. 341. El análisis aquí propuesto viene a ser la continuación del análisis de TOKATLIAN en lo que concierne a la adopción de la misma línea discursiva para explicar el manejo de las dinámicas interna-externa de Colombia y que, para el caso, ofrecen buenas perspectivas en el entendimiento del conflicto fronterizo entre Colombia y Ecuador como se advertirá más adelante.

19 *Colombia en guerra...*p. 341.

anárquica. Así, el realismo estructural tiene su acento en las transformaciones del sistema internacional y su impacto en las acciones de los Estados.

El modelo de Mastanduno, Lake e Ikenberry puede resumirse como sigue²⁰:

- La meta última de todo Estado, sin importar su tamaño, ubicación, naturaleza o capacidad, es la supervivencia.
- La meta internacional inmediata de todo Estado, central o periférico es la adquisición de poder y riqueza.
- La meta interna inmediata de todo Estado, fuerte o débil, es el control de sus recursos nacionales y la preservación de la legitimidad interna.
- Para esos propósitos el Estado puede:
 - En el plano interno, movilizar recursos para estimular el crecimiento económico y extraer recursos de la sociedad para obtener mayor poderío. La movilización de recursos implica la creación de mayor riqueza y la inversión en poder a largo plazo, mientras la extracción de recursos implica la creación de poder y el consumo de riqueza en el corto plazo.
 - En el plano externo, el Estado puede aspirar a conseguir recursos del exterior y a obtener validación internacional. Lo primero significa conseguir bienes materiales, mientras lo segundo implica buscar apoyo político en el extranjero.
- Los autores sugieren después tres hipótesis fundamentales:
 - “Ante el declive de su poderío en el extranjero en el largo plazo, el Estado incrementará la movilización interna”;
 - “Al aumentar las amenazas externas de seguridad, el Estado incrementará la extracción y interna”;
 - “Al aumentar la inestabilidad política interna, el Estado buscará mayor extracción y validación externas”

La última de las hipótesis indicadas (“*Al aumentar la inestabilidad política interna, el Estado buscará mayor extracción y validación externas*”) sirve para plantear un modelo explicativo que responda al carácter del comportamiento seguido por Colombia de una política internacional coordinada con la paz interna. La idea es constatar que en el escenario de la inestabilidad política interna caracterizada por la continuidad del conflicto, el gobierno colombiano se decanta por la obtención de mayores recursos del extranjero (extracción) y el respaldo político internacional

20 Ibidem.

(validación) en aras de remediar la situación, lograr la estabilidad institucional y superar la guerra. No de otra manera podría entenderse esta teoría pues sería absurdo para un realista pensar que la perpetuación de las condiciones de desorden y perturbación institucional conducirían a largo plazo a la supervivencia del Estado.

El tipo de comportamiento de ahí derivado, que podría denominarse “diplomacia por la paz”, expresa no un interés exclusivo del manejo de las relaciones internacionales de Colombia, pero sí una constante apenas natural en un Estado sometido a cerca de diez lustros de conflicto armado. La expresión “paz” sirve para configurar toda una política exterior que mira a la superación de la crisis doméstica. Ahora bien, hablar de “diplomacia por la paz” –aunque nunca haya existido una *diplomacia para la guerra* propiamente dicha– no significa necesariamente una salida negociada del conflicto. De acuerdo con Tokotlian, existen tres formas de la “diplomacia por la paz”: puede ser que la diplomacia esté *internamente sustentada y externamente motivada* i) a un mayor uso de la fuerza para derrotar militar y políticamente al enemigo interno (*diplomacia por la pacificación forzada*), ii) a la vía del diálogo propiamente dicha (*diplomacia por la paz negociada*) o bien iii) a la obtención de un respaldo internacional pasivo libre de injerencias externas (*diplomacia por la neutralización*).

4.1 Desarrollo del conflicto colombo-ecuatoriano: una apuesta por la pacificación forzada

Se ha tratado hasta ahora de revisar los puntos esenciales de la teoría realista de la supervivencia de los Estados, de tener claro el panorama de conflictividad doméstica colombiana y los desarrollos notables de la disputa con el vecino país. Ahora bien, el entendimiento del fenómeno a partir del lente teórico que se quiere²¹, puede verificarse con la adecuación de la hipótesis de la mayor *extracción y validación* externas en el manejo de la política internacional colombiana dado un contexto de desequilibrio institucional y conflicto interno. Esta lectura por sí sola explicaría el comportamiento del Estado agresor que, sumado a ciertas condiciones externas de beligerancia (hipersensibilidad frente al concepto de *terrorismo*), brindarán una imagen integral de lo acaecido.

21 Adviértase que otro modelo como la teoría de los juegos (ARROYO, Santiago y BOLAÑOS, Juan. *Tensión diplomática entre Colombia y Ecuador durante 2006-2009: Una mirada desde la teoría de los juegos ...*) ya fue utilizado para comprender la crisis colombo ecuatoriana. También puede ser posible una análisis desde la personalización de la política de los gobiernos latinoamericanos, el modelo estímulo-respuesta o el del equilibrio de poderes; sin embargo, como se dijo, por tratarse éste de modelo realista de una combinación de los niveles externo-interno en un contexto de crisis, pareció ser apropiado de acuerdo con las características del fenómeno.

Desde el año 1978 los intentos por la superación del conflicto doméstico han impulsado la política exterior colombiana. Una serie de hechos confirman que, indistintamente de la orientación liberal o conservadora de los gobiernos nacionales, las iniciativas por la supervivencia en el plano internacional han sido de carácter aislado e individual, obedeciendo más a coyunturas gubernamentales que a políticas de Estado con miras a la estabilización institucional a largo plazo. Desde el gobierno del ex-presidente liberal Julio César Turbay (1978-1982) hasta el mandato presidencial del conservador Andrés Pastrana Arango (1998-2002) se ha transitado por los diferentes estadios de la diplomacia (el de la pacificación forzada, negociada o de la neutralización) sin obtener resultados satisfactorios en la superación de la inestabilidad institucional²².

22 El texto del profesor Tokatlian es bastante ilustrativo en ese sentido y ofrece un panorama detallado de las actuaciones de los distintos gobiernos bajo el recurso de la extracción económica y validación política. Así, sólo por advertir los puntos fundamentales, se tiene que:

- a) Durante el gobierno de Turbay (1978-1982) se pasó de una diplomacia de bajo perfil a una postura activa a nivel internacional pro-estadounidense en una sumisión ideológica que pudiera asegurar la *manu militari* doméstica contra la guerrilla sin censura de Washington. .
- b) Belisario Betancur: Es un periodo de diplomacia por la paz negociada marcada por la intervención conciliadora en los conflictos civiles centroamericanos. A pesar del marcado interés por lograr cierta independencia en materia política y borrar el estigma como *satélite de los intereses americanos*, no alcanzó el esfuerzo para evitar la *gravitación* de lo EEUU en los asuntos domésticos. Finalmente se desdibujó la diplomacia por la paz y terminó por ceder a las presiones de Estados Unidos luego del hecho conocido como “La toma del Palacio” por parte de grupos subversivos y la implementación de la “mano dura” en materia política.
- c) Virgilio Barco: Una suerte de diplomacia por la neutralización del gobierno de Barco resultó funcional para lograr la desmovilización de un actor del conflicto (M-19) y la validación externa, aunque insuficiente para alcanzar una paz sólida.
- d) César Gaviria Trujillo: En términos generales puede presentarse como un tipo de diplomacia por la neutralización aunque con leves tendencias a la paz negociada (al inicio de su mandato: la Asamblea Constituyente, procesos de paz con grupos subversivos) y la pacificación forzada (al final de su mandato: cancelación de los diálogos de paz, ofensiva contrainsurgente por el incremento de la violencia).
- e) Ernesto Samper Pizano: Una nueva etapa por la paz negociada más gestual que sustantiva ligada en principio no tanto al diálogo con grupos al margen de la ley como al tema de los Derechos Humanos seriamente cuestionados en Colombia. Los estados cooperantes empezaron a exigir al gobierno colombiano mayores resultados a nivel interno mientras que su credibilidad iba decreciendo. Luego se iniciaron acercamientos con la guerrilla, truncados por la falta de voluntad de los insurgentes, el ambiguo papel de los intermediarios internacionales y la discusión de su status político que el gobierno estaba más dispuesto a otorgar a los paramilitares. Colombia es definida como una zona gris (Gray Area Phenomenon) en el que la legitimidad del Estado es fuertemente erosionada y el control del territorio está en manos de agentes semi-políticos, semi-criminales. Durante este periodo ocurre por primera vez una deslegitimación del gobierno colombiano, sus instituciones y funcionarios por el gobierno de Estados Unidos además de un cuestionamiento de la Unión Europea hacia Colombia por constantes violaciones de los Derechos Humanos lo que significó, en el plano de la ayuda económica y política, una disminución del respaldo internacional.
- f) Andrés Pastrana: Recibe un país con una crisis política humanitaria insostenible y propone una diplomacia por la paz más por una necesidad coyuntural: en el marco de la difícil crisis interna le era imposible neutra-

El presidente Álvaro Uribe (2000-2004; 2004-2008) –quien tuvo un mandato ampliado por la reelección presidencial que sin empacho se gestionó durante su gobierno y de la que él mismo se hizo beneficiario- vivió 8 años consecutivos de *pacificación forzada* en el que la consigna de la “mano dura” y la “seguridad democrática” con todo y los cuestionamientos sufridos en materia de Derechos humanos, no se vio interrumpida. Como vino de verse en la contextualización del conflicto armado colombiano, la administración Uribe recibió un gobierno con unas condiciones internas²³ y un escenario internacional apenas apropiado para la acogida de su propuesta militar.

En efecto, Colombia durante la Administración Uribe

(...) recibió del Fondo Monetario Internacional (FMI), una facilidad de crédito por tres años para apoyar la balanza de pagos por \$US. 2700 millones de dólares. El costo total del Plan ascendía a un total aproximado de US. 7500 millones de dólares, aportando con US. 4900 millones, Colombia, y la comunidad internacional con US. 2600 millones aproximadamente, siendo el mayor contribuyente los Estados Unidos con US. 1500 millones dólares.

Jorge Rojas [comentó que] (...) “con base en la ley de apropiaciones del Congreso de los Estados Unidos, el país recibe en promedio un millón 400 mil dólares diarios de ayuda militar de ese país para la adquisición de armas, helicópteros, sostenimiento de cerca de 400 asesores militares y civiles en terreno, cuidar oleoductos y desarrollar programas de fumigaciones por aspersión aérea de cultivos de uso ilícito, todo dentro del Plan Colombia. A finales de este año, la prensa nacional recogió la información de que el Congreso de los Estados Unidos aprobó la ayuda a Colombia de \$700.000.000 (...), incluidos en el presupuesto del 2004 para las Operaciones Extranjeras, que se destinarían para financiar la guerra contra las drogas, el terrorismo y otros programas de corte social en ese país.”²⁴

La manera como es percibido el conflicto desde el gobierno colombiano marcha al unísono con los intereses norteamericanos en su lucha contra el terrorismo y el

lizar la incidencia de factores externos así como alentar una pacificación forzada luego de la movilización civil del Mandato Ciudadano por la paz. Nuevamente se convoca la ayuda internacional –ahora ambigua y recelosa- y trabaja en la consecución de recursos para atacar las bases sociales de los narcocultivos y superar el estigma de amenaza regional. No solo se resiente la ayuda financiera; el apoyo político se torna incierto. Cfr. *Colombia en guerra...* pp.342-358.

23 Durante el gobierno inmediatamente anterior del presidente Andrés Pastrana Arango se intentó la salida negociada con las fuerzas guerrilleras del ELN y las FARC pero todo fracasó por la falta de un compromiso de paz serio de los insurgentes y la debilidad manifiesta del gobierno, duramente criticado por la “Zona de distensión” abierta para el diálogo pues la misma sirvió de bastión guerrillero en aras de su fortalecimiento, rearme y recuperación del control territorial.

24 *Ecuador frente al Plan Colombia...* p. 206

narcotráfico en su impostergable tarea por acabar con los “males de la humanidad”: si el conflicto colombiano pierde sus visos políticos, como lo ha planteado el gobierno, se hace entonces necesaria una guerra sin tregua frente al terrorismo.

Efectivamente, además de la ayuda entregada, el presupuesto norteamericano para programas de subvención económica, social y militar superará el margen de los \$ US 3000 millones de dólares para el período 2007-2012, con una inversión de más de \$ US 907 millones de dólares en armas, equipos, soldados y operaciones antidroga entre 2007-2009²⁵. Ahora bien, a pesar de verse comparativamente disminuido el volumen de recursos hacia Colombia en US \$50 millones respecto de los años anteriores, el apoyo de Estados Unidos es permanente; tanto así que para “compensar” la disminución de recursos y asegurar la continuidad del Plan Colombia, se firmó en 2010 un acuerdo militar por el cual marines y soldados norteamericanos harán uso de bases militares en territorio colombiano.²⁶ Tal acuerdo, para los demás países de la región, ha venido a constituir una nueva amenaza y muestra adicional de un interés hegemónico insatisfecho que además de las perspectivas de “transnacionalización” de la política antinarcóticos,²⁷ busca asegurar una presencia material y efectiva en Latinoamérica²⁸.

Que la coordinación de intereses, el apoyo político y la “extracción” de recursos del exterior hayan contribuido o no a la superación del conflicto tiene un balance mixto. No se trata solo de la comprobación en cifras de los avances en materia de seguridad y del alto índice de popularidad del gobierno por las acciones realizadas. En efecto, se pone en duda la existencia un efectivo proceso de desmovilización con los acto-

25 Just the facts. A civilian's guide to U.S defense and security assistance to Latin America and the Caribbean. Consultado en : <http://justf.org/Country?country=Colombia> (Abril 1, 2011)

26 *Uribe afirma que se ampliará el Plan Colombia*. Global Intelligence (Febrero 10 de 2006) Cf. <http://blackop.wordpress.com/2010/02/06/plan-colombia-uribe/> (1 Abril. 2011)

27 Estados Unidos durante la administración Bush gestionó una suerte de Plan Colombia para el subcontinente mediante la “Iniciativa Regional Andina”, que incluye ayuda económica y militar a los países. Se sostiene que: “[L]a *Iniciativa Regional Andina* no puede ser vista, peor aún después de los acontecimientos del 11 de Septiembre, como una “*estrategia regional antinarcóticos*”, pues dejamos de lado los otros complejos componentes y espacios que cruza o incluye en su arco de posibilidades analíticas: la *potenciación del ALCA*, los *nuevos escenarios geopolíticos para el control hegemónico de los recursos del cuarto milenio* (fuentes de agua dulce, biodiversidad y oxígeno), así como la *reconversión militar regional en ciernes*, y la *configuración de un modelo de Seguridad Regional contra el terrorismo, que incluye el re-diseño de la Seguridad Nacional en los países-modelo*”. PONCE, Alexis. *Iniciativa Regional Andina: una estrategia integral para tiempos de guerra global*. Equipo Nizkor y Derechos Human Rights, 20 de marzo 2002 (Alexis Ponce, Vocero APDH y del Grupo Civil de Monitoreo de los Impactos del Plan Colombia en el Ecuador). Citado en: *Ecuador frente al Plan Colombia...*, p. 210-211.

28 Se advierte que Estados Unidos hace presencia militar en diferentes países latinoamericanos, entre los que se cuenta Colombia, Perú, Paraguay, El Salvador, Honduras, Costa Rica, Cuba, Puerto Rico, Aruba y Curazao.

res paramilitares²⁹, los casos investigados por ejecuciones extrajudiciales crece en número y mina la confianza en las instituciones³⁰ además de la incertidumbre sobre real aniquilamiento de los ejércitos guerrilleros. Estos y otros muy significativos cuestionamientos al gobierno colombiano en el plano de los Derechos Humanos han detenido otro tipo de procesos de integración –que algunos celebran: el TLC, por ejemplo-, pero no han debilitado sobremanera las relaciones con Washintong³¹.

5. Conclusión

La incursión de las fuerzas militares colombianas en territorio ecuatoriano tuvo diferentes efectos. De un lado, el aire de júbilo³² por la baja de uno de los más importantes cabecillas del grupo guerrillero; de otro, la reacción a un hecho incontestable: la violación de la soberanía del vecino país, lo que vigorizó una cierta xenofobia

-
- 29 Al respecto dos estudios publicados por la Corporación Nuevo Aroiris de ROMERO VIDAL, Mauricio y ARIAS ORTIZ, Angélica: “*Bandas Criminales*”, *Seguridad Democrática y corrupción*. (Diciembre de 2008) y *Sobre paramilitares, neoparamilitares y afines: Crecen sus acciones ¿qué dice el gobierno?*(Abril, 2010). Disponibles en línea: <http://www.nuevoaroiris.org.co/sac/?q=taxonomy/term/70>
- 30 Un breve informe de la revista semana revela entre los grandes errores del Ejército Nacional las ejecuciones extrajudiciales o “falsos positivos” además de las incursiones en Ecuador. PEÑA, Andrea. *Los diez grandes errores del Ejército en 2006* (6 de Septiembre). Disponible en línea: http://www.memoriaydignidad.org/dmdocuments/casos_masac_jamundi_Los%20diez%20grandes%20errores%20del%20Ejercito%20en%202006.pdf (6 de marzo de 2011).
- 31 Sin ambages ha sido truncado en el Congreso de los Estados Unidos el TLC (Tratado de Libre Comercio) con Colombia, en parte, por las serias dificultades expresadas en crisis humanitarias que Colombia no ha superado. Asimismo, ONG’s (Human Rights Watch) han insistido en una revisión de las relaciones con Colombia para continuar con el apoyo “incondicionado” que formalmente exige resultados que materialmente ignora. Se trata específicamente de problemas como: interceptaciones ilícitas del servicio de inteligencia nacional (DAS), desprestigio de la oposición, ejecuciones extrajudiciales del Ejército, violencia contra sindicalistas, impunidad y neoparamilitarismo. *Colombia: Obama debe expresarle a Uribe preocupación por derechos humanos* (26 junio, 2009). Disponible en línea: <http://www.hrw.org/es/news/2009/06/26/colombia-obama-debe-expresarle-uribe-preocupacion-n-por-derechos-humanos-0> (1 abril, 2011)
- 32 Mario Morales ofrece una lectura juiciosa y analítica del cubrimiento periodístico de cinco diarios nacionales y regionales colombianos sobre la incursión de las fuerzas militares en territorio ecuatoriano. En efecto, las carencias en el nivel técnico, la preferencia por las declaraciones oficiales, presiones estatales y demás hicieron polarizar la opinión pública mediante una exaltación nacionalista que poca objetividad permitió en la lectura de los hechos. Los medios se encargaron de impedir el equilibrio de los argumentos que se daban más allá de la frontera. MORALES, Mario. *Radiografía del cubrimiento informativo de la crisis colombo-ecuatoriano* (Observatorio de medios periodismo por la Paz. Centro de Competencia en la Comunicación para América Latina). Bogotá: 2008. Disponible en línea: <http://www.c3fes.net/docs/radiografiadelcubrimientoinformativoecu-col.pdf> (6 de marzo de 2011).

frente a los ciudadanos colombianos³³ y afianzó la resistencia del Ecuador -impulsada por el mandatario Rafael Correa- ante los planes norteamericanos en la región.

El grado de interdependencia -asociado a la *sensibilidad y vulnerabilidad*-³⁴ logrado entre ambos países, ha conducido a que los efectos del Plan Colombia y la “Seguridad Democrática” de Uribe Vélez afecten directamente el nivel de toma de decisiones políticas ecuatorianas con ocasión de la *exportación* ilegítima y la *securitización* del caso colombiano en la frontera³⁵.

El gobierno colombiano, efectivamente, continúa obteniendo ayuda económica y respaldo político del extranjero en aras de la superación del caos institucional y el conflicto armado interno que, en las condiciones actuales y como un eco de la lucha antiterrorista luego del 11 de septiembre, guarda un acento militarista que no se corresponde con el discurso “pacifista”, de no-intervención y antinorteamericano de Correa en Ecuador. La *pacificación forzada* sugiere entonces la derrota a toda costa del enemigo interno, incluso sobre los intereses y soberanía de los países vecinos y una suerte de estigmatización y aislamiento de Colombia en la región.

Con todo, la teoría que se ha utilizado puede explicar el conflicto entre Colombia y Ecuador durante 2006-2009 pero no puede explicar por qué continúa el conflicto doméstico colombiano. La *extracción y validación* externa ha sido el programa de la diplomacia colombiana en tiempos de caos que bajo el entendimiento de la *supervivencia* de los estados, tiende a la superación de la crisis y la estabilización nacional, sin embargo, no se entiende cómo aún hoy en día la gestión del conflicto en Colombia continúe –aunque con cambios sustantivos- sin un panorama claro para

33 Cfr. *Ecuador frente al Plan Colombia*...pp. 238-244.

34 Para Keohane y Nye, “[s]e habla de sensibilidad cuando “se dan grados de respuesta dentro de una estructura política”; y se define vulnerabilidad “como la desventaja de un actor que continua experimentando costosos impuestos por acontecimientos externos, aun después de haber modificado las políticas” Ver Keohane y Nye. Poder e interdependencia. p. 17 Citado en: *Impacto del conflicto armado*...p. 20

35 Un asunto atraviesa un proceso de securitización cuando, a partir del discurso de las élites políticas, deviene en una amenaza. La securitización representa ella misma una falla en el “control de un asunto de seguridad dentro de las estructuras políticas. Para esto, Buzan establece dos parámetros de observación necesarios para determinar si un asunto se puede considerar como securitizado. Como primer parámetro de observación están los discursos oficiales emitidos por el gobierno (...) y en segundo lugar se encuentran las iniciativas institucionales implementadas, que se salen del orden político establecido y por lo tanto pueden ser consideradas como medidas de control extraordinarias” Ver Buzan, Barry. *Security a new framework of analysis*. 1998, p 26. Citado en: *Impacto del conflicto armado*...p. 3 y ss.; 21-24.

Como se ha revisado, las afectaciones del conflicto colombiano se cuentan en el nivel de la delincuencia y el crimen organizado, narcotráfico, tráfico de armas, secuestro y extorsión, lavado de activos... *Impacto del conflicto armado en la frontera colombo-ecuatoriana*...p.216-223.

la superación definitiva del mismo³⁶. Verdaderamente la ayuda del extranjero no se compadece con los resultados obtenidos, aunque también es cierto que la política externa no puede lograr lo que la interna es incapaz y en ese sentido siempre se exigirá más que diplomacia para superar el estado de cosas interno.

6. Bibliografía

- ARIZA ZAPATA, Carolina y MONTOYA RESTREPO, Nataly. *Los avatares de una guerra innominada: Apuntes acerca de la caracterización y denominación del conflicto armado colombiano* (Grupo de investigación derecho y poder). Medellín: Universidad EAFIT, 2010.
- ARROYO, Santiago y BOLAÑOS, Juan. *Tensión diplomática entre Colombia y Ecuador durante 2006-2009: Una mirada desde la teoría de los juegos*. Anales de la Asociación Argentina de Economía Política, Noviembre 2010. Disponible en línea <http://www.aap.org.ar/anales/works/works2010/arroyo.pdf> (6 de marzo de 2011).
- LASSO AMAYA, Carolina. *Impacto del conflicto armado en la frontera colombo-ecuatoriana y sus implicaciones en las relaciones diplomáticas a partir de la implementación del Plan Colombia hasta diciembre de 2009* (Tesis de grado). Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. Bogotá: 2009. p. 15. Disponible en línea: <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/1161/3/Anexo2.pdf> (6 de marzo de 2011).
- MORALES, Mario. *Radiografía del cubrimiento informativo de la crisis colombo-ecuatoriana* (Observatorio de medios periodismo por la Paz. Centro de Competencia en la Comunicación para América Latina). Bogotá: 2008. Disponible en línea: <http://www.c3fes.net/docs/radiografiadelcubrimientoinformativoecu-col.pdf> (6 de marzo de 2011).
- PEÑA, Andrea. *Los diez grandes errores del Ejército en 2006* (6 de Septiembre). Disponible en línea: http://www.memoriaydignidad.org/dmdocuments/casos_masac_jamundi_Los%20diez%20grandes%20errores%20del%20Ejercito%20en%202006.pdf (6 de marzo de 2011).

36 No se desconocen los avances, pero evidentemente el fenómeno ha mutado sin solución aparente. El Observatorio del Conflicto Armado de la Corporación Nuevo Arco Iris “[r] conoce que la intensidad del conflicto se ha reducido; que hoy existe la mitad de los territorios afectados por la guerra que en 2002, y que las Farc tienen un 40 por ciento menos de combatientes que hace ocho años. Sin embargo, llama la atención sobre varios fenómenos graves: el crecimiento desmesurado de los ‘neoparamilitares’ y de grupos al servicio del narcotráfico, que obligaría a un redireccionamiento de la política de seguridad para combatirlos, teniendo en cuenta además que las acciones de estos grupos superaron las de las Farc y el ELN; la actividad bélica de las Farc, que ha aumentado frente al año anterior en términos de minas, francotiradores y combates; la creación de nuevas estructuras de la guerrilla, y el aumento de homicidios en ciudades como Bogotá, Medellín y Barrancabermeja.” **¿Se agota la Seguridad Democrática?** La Silla Vacía, 26 de Noviembre, 2009. Disponible en línea: <http://www.lasillavacia.com/historia/5400> (2 de abril, 2011).

- ROMERO VIDAL, Mauricio y ARIAS ORTIZ, Angélica: “*Bandas Criminales*”, *Seguridad Democrática y corrupción*. (Diciembre de 2008). Disponible en línea: <http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/?q=taxonomy/term/70> (Abril 1, 2011).
- *Sobre paramilitares, neoparamilitares y afines: Crecen sus acciones ¿qué dice el gobierno?*(Abril, 2010). Disponibles en línea: <http://www.nuevoarcoiris.org.co/sac/?q=taxonomy/term/70> (Abril 1 2011).
- SÁNCHEZ DE LA VEGA, Lorena Isabel. *Ecuador frente al Plan Colombia. Inseguridad en la frontera colombo-ecuatoriana*. Revista IDDH (Instituto Interamericano de Derechos Humanos), Vol. 38 (julio-diciembre, 2003).
- SUÁREZ MONTOYA, Aureliano. *Una década de Plan Colombia* Bogotá, 25 enero de 2011. Disponible en línea: <http://www.moir.org.co/Una-decada-de-Plan-Colombia.html> (25 de enero de 2011).
- TOKATLIAN, Juan Gabriel. *Colombia en guerra: las diplomacias por la paz*. Desarrollo Económico, Vol. 39, N° 155 (octubre-diciembre, 1999).

Prensa, documentos gubernamentales:

- Uribe afirma que se ampliará el Plan Colombia*. Global Intelligence (Febrero 10 de 2006) Cf. <http://blackop.wordpress.com/2010/02/06/plan-colombia-uribe/> (1 Abril. 2011).
- Balance al Plan Colombia 1999-2005*. Departamento Nacional de Planeación – Dirección de Justicia y Seguridad (Presidencia de la República), sep. 2006 (Disponible en internet).
- El Plan Colombia diez años después*. Disponible en línea: <http://www.elespectador.com/articulo130073-el-plan-colombia-diez-anos-despues> (Editorial El Espectador, 23 de marzo de 2009).
- Colombia: Obama debe expresarle a Uribe preocupación por derechos humanos* (26 junio, 2009). Disponible en línea: <http://www.hrw.org/es/news/2009/06/26/colombia-obama-debe-expresarle-uribe-preocupaci-n-por-derechos-humanos-0> (1 abril, 2011).
- ¿Se agota la Seguridad Democrática? La Silla Vacía (26 de Noviembre, 2009). Disponible en línea: <http://www.lasillavacia.com/historia/5400> (2 de abril, 2011).
- Just the facts. A civilian’s guide to U.S defense and security assistance to Latin America and the Caribbean. Consultado en: <http://justf.org/Country?country=Colombia> (Abril 1, 2011).



Título: Rastros de restos serie 3

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

LAS ELECCIONES Y LAS ALIANZAS EN LA IZQUIERDA DEMOCRÁTICA EN MEDELLÍN, 1970-1990*

* Moreno Montoya, Óscar Andrés. *La oposición alternativa en Medellín, 1970-1990 (PCC, MOIR Y UP)*, Trabajo intelectual del autor

Fecha de recepción: febrero 20 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 2 de 2011

LAS ELECCIONES Y LAS ALIANZAS EN LA IZQUIERDA DEMOCRÁTICA EN MEDELLÍN, 1970-1990

Óscar Andrés Moreno Montoya**

RESUMEN

Este artículo da cuenta de una pequeña parte de la realidad política local entre 1970 y 1990, cuando el régimen político abre las puertas de la participación electoral a fuerzas diferentes al bipartidismo liberal y conservador. Esto permitió que organizaciones como el Partido Comunista Colombiano (PCC), el Movimiento Obrero Independiente Revolucionario (MOIR) y la Unión Patriótica (UP) se lanzaran a la escena electoral ante la expectativa que el sistema aprobaba. Así mismo, estas líneas ofrecen un vistazo de las alianzas que la izquierda democrática hizo durante veinte años en Medellín con otros partidos y diferentes sectores de la oposición, creando algunas organizaciones antes de las elecciones para obtener más poder y conseguir algunos lugares en la administración local luego de la victoria.

Palabras clave: Izquierda democrática, elecciones, alianzas, partidos políticos, régimen político, sistema electoral.

ELECTIONS AND ALLIANCES IN THE DEMOCRATIC LEFT IN MEDELLIN, 1970-1990

ABSTRACT

This article shows a short part of the reality local politic between 1970 and 1990, when the politic regime open the doors of the electoral participation to several politic movements. This permits that organizations how the Communist Colombian Party, the Workers Independent Revolutionary Movement and the Patriotic Union were part of electoral scene. So, this lines offers a view of the alliances that the democratic left made during 20 years in Medellin with others parties y different sectors of the oppositions, and how that constructed some organizations before the elections with the objective of obtain more power.

Keywords: Democratic left, elections, alliances, politics parties, politic regime, electoral system.

** Historiador-Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia, 2007. Docente de cátedra Universidad de Antioquia-Pregrados de Ciencia Política, Periodismo y Antropología. Grupo Historia Contemporánea.

LAS ELECCIONES Y LAS ALIANZAS EN LA IZQUIERDA DEMOCRÁTICA EN MEDELLÍN, 1970-1990

En este artículo están contenidos los esfuerzos por comprender una parte de la realidad política local surgida a partir del año 1970 hasta 1990, cuando el régimen político abrió las puertas para la participación electoral a fuerzas distintas al bipartidismo liberal-conservador y se percibió en el país una cierta apertura democrática que incluyó dentro del marco de la legalidad a grupos que años antes habían estado excluidos del sistema electoral colombiano o que, por el contrario, habían asumido como propias las etiquetas partidistas tradicionales.

Es innegable que la izquierda democrática en Colombia, tuvo que adecuarse a los canales creados por el bipartidismo en las contiendas electorales. Parte de sus acciones se orientaron hacia el establecimiento de alianzas con los partidos tradicionales para la conformación de listas para el Concejo de la ciudad y la Asamblea Departamental, lo que dio lugar a la coexistencia conjunta, y no pocas veces conflictiva entre gobierno (liberales-conservadores) y esta clase de oposición.

Algunas aclaraciones pertinentes

La historia de la oposición política, y más aún, de la izquierda democrática, como tema de investigación, ha interesado a un escaso número de historiadores, sociólogos, antropólogos y politólogos en Colombia. En un balance sobre estos estudios se observa que estos se han centrado, mayoritariamente, en la perspectiva de la izquierda armada. Y los pocos que se han preguntado por la izquierda democrática lo han hecho desde lo que se ha denominado las terceras fuerzas, es decir, las divisiones o escisiones derivadas de los partidos tradicionales. Adicionalmente, algunos investigadores han concebido la oposición como todo movimiento alternativo al bipartidismo colombiano, a los que se ha denominado como terceras fuerzas. De alguna manera, la historia política colombiana ha privilegiado el análisis de las acciones de quienes detentan el poder, llevando a un segundo plano a quienes lo buscan o aspiran a controlarlo. El hecho de que la izquierda democrática haya accedido en bajas proporciones a las instancias de poder y que, adicionalmente, se creara un señalamiento negativo sobre el tema hace no sólo comprensible, sino justificable que tanto historiadores, sociólogos y politólogos hayan cifrado en ella una atención escasa que ha desalentado la realización de nuevas investigaciones, pero que pese a ello sirve de punto de partida para este trabajo.

Las diversas interpretaciones conceptuales en lo relativo al manejo del término izquierda democrática, hacen necesario que se reconozca su incidencia en la historia política colombiana. En ese sentido, no todo lo que se opone al bipartidismo es de izquierda, de hecho, en el devenir político colombiano, los partidos tradicionales se han hecho oposición entre sí. Otro tipo de izquierda es la de la vía armada que ha planteado un cambio de las estructuras de poder de manera radical. Una tercera perspectiva de la izquierda es la opción tomada en este artículo, y que se separa de las anteriores, la cual se plantea como una alternativa que tiene viabilidad dentro del sistema político por la vía democrática, de ahí que el referente temporal sea el período posterior al Frente Nacional, cuando el régimen político abre sus puertas a la participación de otras fuerzas distintas al bipartidismo. Lo anterior adquiere una validez cada vez más notoria si se tiene en cuenta que el funcionamiento de todo sistema democrático se explica, en buena medida, confrontando la oposición y el gobierno, o si se quiere la izquierda y la derecha.

Un poco de historia para entrar en materia

En el caso particular de la izquierda que nos interesa, las organizaciones de orientación comunista, desde sus comienzos a finales de la década de 1920, se movieron a lo largo de una delgada y cambiante franja de tolerancia política que fácilmente podía adoptar visos de legalidad o ilegalidad, según las disposiciones del gobierno de turno y las consiguientes respuestas de los militantes comunistas. Así transcurrió buena parte de la primera mitad del siglo XX, en un constante vaivén de inclusiones y persecuciones, de prebendas y reprimendas estatales, que llevaron a que organizaciones de izquierda apoyaran las disidencias de los partidos tradicionales o se constituyeran en radicales contendores en ámbitos como el del sindicalismo. Tal como sucedió con el PCC durante el Frente Nacional (1958-1970) que apoyó los sectores de izquierda de grupos como la Alianza Nacional Popular (ANAPO) y el Movimiento Revolucionario Liberal (MRL), ante la posibilidad de participar directamente en las corporaciones públicas del país.

Con el establecimiento del Frente Nacional en 1958, producto del pacto de liberales y conservadores, que buscó desplegar una solución a los problemas de violencia que presentaba el país, se establecieron dos opciones institucionales: la primera de ellas determinó la alternancia presidencial de los dos partidos tradicionales; y la segunda el reparto burocrático entre ellos de los cargos en las instancias de decisión del Estado: Senado, Cámara, Asambleas departamentales y Concejos municipales, e igualmente la paridad institucional entre ambos partidos. El Frente Nacional negó toda posibilidad legal de participación política a

organizaciones distintas a las etiquetas liberal-conservadora. La oposición para ese momento, representada en el MRL, ANAPO y el PCC, debió adecuarse a los preceptos de los viejos partidos para participar del sistema político y electoral, de manera que se conocieron tendencias tanto emerrelistas (MRL) y anapistas (ANAPO) de corte liberal y conservador como parte de las condiciones necesarias a cumplir en el juego hegemónico bipartidista. En ese ambiente de exclusión a los comunistas no les quedó opción diferente que acogerse a la vía armada, los más radicales, o gravitar en torno a las ideas de las opciones disidentes que más se inclinaron a la izquierda.

Las elecciones y el preludio de la unidad

Por lo tanto, analizar el factor de la unidad en la izquierda democrática no significa otra cosa que hablar del sistema de alianzas que estas organizaciones establecieron con otros sectores políticos. Ya fueran estos de su misma línea política, es decir, cercanos a las tendencias de la izquierda democrática defensores de la ideología comunista, o con sectores de la política tradicional que más proximidad tuvieran con las ideas de libertad e igualdad promulgadas.

De las alianzas se dice que: “tienen formas y grados muy variables. Algunas son efímeras y desorganizadas: simples coaliciones provisionales, para beneficiarse de ventajas electorales, para echar abajo a un gobierno o para sostenerlo ocasionalmente. Otras son durables y están provistas de una sólida armazón, que las hace parecerse a veces a un superpartido”¹. Para nuestro caso, los intentos de alianzas se gestaron en los periodos preelectorales quizá con el fin de presentarse con mayor vigor a los comicios, sin embargo, algunas de esas iniciativas terminaron diluyéndose rápidamente o pasaron a formar parte de organizaciones de unidad un tanto más sólidas que aglutinaron a muchos más sectores de la oposición.

Si bien la izquierda democrática colombiana pactó las alianzas y la acción unitaria sobre todo en los preludios electorales, es válido señalar que el lector no encontrará aquí alusiones al desempeño electoral de tales organizaciones. Lo que se analiza, por lo tanto, obedece al tratamiento de los asuntos referentes a los debates y polémicas que las coyunturas de unidad suscitaron al interior de estas organizaciones. Un análisis que se pregunta por la envergadura de tales decisiones, que da cuenta de los obstáculos planteados para el logro de la unidad y repasa las expectativas cifradas en ella.

1 DUVERGER, Maurice. *Los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 349.

La alianza como estrategia

Pese a su condición de partidos orientados a las masas, estas organizaciones no han contado con el apoyo de las mayorías a lo largo de la historia política del país. Sin embargo, han establecido la vía política legal de las minorías y de los sectores inconformes. Esto ha llevado a que en aras de un mejor desempeño electoral y partidista estos grupos de oposición acudieran a la estrategia de las alianzas con diversos sectores para otorgarle vigencia y solidez a su participación en el sistema político.

Las alianzas se dieron en tres vías: con sectores del bipartidismo, con sectores disidentes del bipartidismo (ANAPO) y con otros sectores de oposición. La primera de ellas tiene lugar luego que las desavenencias entre la misma izquierda no hallaban calma y que las organizaciones de unidad existentes no representaron plenamente los intereses de clase. La segunda, con los acercamientos alcanzados con sectores disidentes del bipartidismo colombiano, caso de la ANAPO. Y una última, caracterizada por la unión con facciones de la misma oposición alternativa inclinados hacia la conformación de frentes amplios y que intentaron aglutinar en su seno las diversas tendencias ideológicas y programáticas con el objetivo de formular un accionar unitario propio de la oposición.

Las estrategias de alianzas previas a la contienda electoral buscaron hacer contrapeso a las masivas votaciones reportadas por el Partido Liberal y el Conservador. Además, sus fines estaban orientados a consolidar unos frentes de acción electoral y parlamentaria que les permitieran actuar con un mayor número de representantes en las instancias administrativas, mediante la unión de postulados y acciones de presión en contra del gobierno de turno.

Mirando el factor del peso electoral como uno de los elementos determinantes al momento de establecer una alianza, se comprende la iniciativa que tomaron algunas de estas organizaciones de oposición de acercarse a sectores que reportaron ascensos en los votos y que se perfilaron hacia el logro de considerables cifras de votantes. Tal fue el caso de la ANAPO que precisamente para los momentos de la apertura democrática de comienzos de los 70 repuntó en los listados de votación del país y, por ende, de la ciudad.

Fue así como a partir de las elecciones de 1970 el Partido Comunista Colombiano estableció con la ANAPO algunos acercamientos, haciendo a un lado las constantes críticas a las que le había sometido debido a sus orientaciones contrarrevolucionarias y proimperialistas. El PCC en su intento de acercamiento manifestó por la ANAPO un profundo sentido de admiración por haber conseguido el voto de amplios sectores, destacando el sentimiento de clase que ello develaba “una lucha de los de abajo

contra los de arriba.” Parece ser que este coqueteo se debió a que la ANAPO había ganado las elecciones de ese año, manifestando con ello un importante crecimiento de sus bases. Además, la posibilidad de una alianza le representó al PCC la oportunidad de alcanzar mejores posiciones en los comicios de 1972.

Aunque las alianzas fueron más comunes con las organizaciones disidentes del bipartidismo, no significó una renuncia definitiva hacia la posibilidad de entablar acercamientos con los sectores tradicionales. La idea de unidad promovida por el PCC propugnó por una alianza con fuerzas de carácter popular, político y no político. El PCC no descartó desde sus primeras participaciones en la apertura democrática del 70 la oportunidad de entablar alianzas con sectores del bipartidismo debido a las vinculaciones profundas de los colombianos con los partidos tradicionales. Ya que una campaña de agresivo antibipartidismo le restaría posibilidades de cooptar bases electorales liberales o conservadoras que ellos sabían muy bien que necesitaban².

Pese a la existencia de esos acercamientos entre el PCC y ANAPO, existentes aún desde el Frente Nacional (1958), cuando el PCC apoyó a este sector como disidencia, los impulsos no alcanzaron a configurar una organización de unidad plenamente identificada que fuera más allá de una identificación solidaria y un complemento de reivindicaciones.

Quien sí lo logró fue el Movimiento Obrero Independiente Revolucionario (MOIR) que pactó la unidad en vista de su primera participación electoral en los comicios para corporaciones públicas de 1972. Este movimiento político se alió en esa ocasión con el Frente Popular Colombiano (FPC), la Juventud Patriótica (JUPA) y el Frente de Intelectuales Revolucionarios (FIR) con el fin de coordinar y unificar fuerzas. Luego de muchas deliberaciones los respectivos movimientos decidieron actuar de común acuerdo y presentarse conjuntamente al debate electoral lanzando listas conjuntas para asamblea y concejo con el nombre Frente Popular-MOIR.

A diferencia del PCC, el MOIR fue radical en su resistencia de aliarse con la ANAPO y sectores tradicionales de la política. En 1972 Gonzalo España, Jefe de Debate del Frente Popular-MOIR, comentó de los dirigentes anapistas que: “no los anima ningún deseo revolucionario y están listos a regresar a las toldas de los partidos tradicionales”³. Lo cual devela la recia actitud moirista ante la posibilidad de acercamientos con los sectores a los que se enfrentaron. Aunque, esta unidad no reportó ningún rédito en lo relativo a la elección de algún candidato, es importante analizarla desde un punto de

2 MEDINA, Medófilo. “*La protesta urbana en Colombia en el siglo veinte*”, Bogotá, Ediciones Aurora, 1984, p. 157.

3 AHM, *Radioperiódico Clarín*, “Ningún deseo revolucionario tiene la Anapo, dice Frente Popular MOIR”, 8 de marzo de 1972, Emisión meridiana.

vista que examine las expectativas sobre las que se fundaron las determinadas alianzas; sin importar la fugacidad de la misma o el destino final que hallaría.

Intentos como el anterior que unieron a sectores de la oposición alternativa fueron constantes en la realidad política de la izquierda, otro caso que evidencia esa tendencia se vislumbra en la conformación del Movimiento Amplio Colombiano (MAC) en septiembre de 1972. Este movimiento surgió de la iniciativa de parlamentarios y dirigentes provenientes de diversos grupos de oposición, aunque finalmente terminó adhiriendo a la Unión Nacional de Oposición (UNO) que se configuró como un ente unitario con más solidez, envergadura y permanencia en el tiempo⁴.

Tanto el MOIR como el MAC y por supuesto el PCC confluyeron en el proyecto de política unitaria propuesto por la UNO que se cristalizó en marzo de 1973.⁵ Sin embargo, el proceso de conciliación de las líneas programáticas diferentes promulgadas por las diversas instancias fue una labor ardua. Pero antes de entrar a detallar esos obstáculos en el camino a la unidad, resulta conveniente traer a colación las opiniones que el tema suscitó en estas organizaciones. Al respecto el MOIR destaca como elemento indispensable de su quehacer partidista la “política de unidad y combate” como el medio para ampliar el círculo de su accionar “...pactaremos la paz con quienes en la actualidad puedan en una u otra forma contribuir a la lucha contra la reacción imperialista y oligárquica y no saboteen las tareas de la Central Obrera Independiente y del Frente Electoral de Izquierda. Neutralizaremos adversarios y ganaremos aliados y amigos...”⁶.

El PCC, por su parte, estuvo dispuesto a acercarse a distintos sectores en búsqueda de afinar sus bases electorales y obtener una aceptación que le garantizara su vigencia como organización y, por lo tanto, la pervivencia de sus programas y postulados. Como aquel que aspira a consolidar un movimiento revolucionario amplio. Sin embargo, el panorama no fue tan fácil como lo expresan los deseos y aún más cuando lo que supuso la política de unidad de la UNO pasó por el hecho de hacer concesiones de parte y parte, que llevaron en muchos casos al abandono de viejas rencillas y a la aceptación de condiciones programáticas no compartidas entre los mismos sectores de la oposición. La unidad llevó, por tanto, a dejar de lado los intereses propios de las organizaciones firmantes del pacto unitario en pro de la consecución de fines conjuntos.

4 AHM, *Radioperiódico Clarín*, “Oficialmente constituyen hoy el Movimiento Amplio Colombiano”, 22 de septiembre de 1972, Emisión matinal.

5 AHM, *Radioperiódico Clarín*, “Dada a conocer plataforma mínima ideológica de la Unión Nacional de Oposición-UNO-”, 1 de marzo de 1973, Emisión matinal.

6 *Tribuna Roja*, Bogotá, septiembre de 1973, “Algo más sobre la política de unidad y combate”, p. 2.

La Unión Nacional de Oposición (UNO)

El proceso de conformación de la UNO atravesó por varios momentos. Esta organización se inició con la idea expuesta por el MAC de unir las expresiones políticas de izquierda. Fue en ese sentido que el MAC entró en contacto con el PCC y la Democracia Cristiana (DC), llegando a acuerdos concretos en torno al tema de la unidad, por lo que en el mes de septiembre de 1972 se realizó el primer encuentro de estos grupos, sin contar con la presencia del MOIR debido a incompatibilidades ideológicas⁷.

Este último aspecto estuvo presente en los diversos acercamientos que estas dos organizaciones realizaron durante la década del 70. Aunque tanto el PCC como el MOIR defendieron como uno de sus planteamientos importantes el pensamiento revolucionario del proletariado, se distanciaron en las tácticas y estrategias de aplicación. “El MOIR se oponía a la política de alianzas proclamada por el PCC. Este último buscaba integrar a la ANAPO dentro de la UNO e incluso proponía la congelación de la UNO para obligar a los anapistas a plegarse a la política de unidad. Al contrario, el MOIR sostenía su oposición a la alianza con la Anapo, argumentando la claudicación del partido anapista frente a la burguesía en las elecciones del 70”⁸.

Pese a lo anterior la unión se pactó y el MOIR hizo parte de ella, no sin antes imponer una terna de condiciones, a saber: Primero, la “Elaboración de un programa auténticamente revolucionario, antiimperialista y democrático”. Segundo “que se dijera claramente a las masas que el MOIR no creía en la toma del poder por la vía parlamentaria” y tercero que “no se admitía la alianza con la Anapo”⁹. Pero las diferencias eran mucho más profundas:

Las discrepancias ideológicas de comunistas y moiristas, sus diferencias teóricas y políticas, han sido y son muy amplias y profundas. Algunas de ellas tienen que ver con los principios generales del marxismo-leninismo, con la política y la unidad del movimiento obrero y comunista internacional. Otras se relacionan con el enfoque de la realidad política colombiana, con los métodos y la táctica de la lucha de clases, con los objetivos estratégicos de la revolución colombiana¹⁰.

7 “La formación y futuro de la UNO” En: *Alternativa del pueblo*, N° 26, Bogotá, febrero 17 a marzo 2 de 1975, pp. 6-7.

8 *Ibid.* p. 7.

9 *Ibid.*

10 *Voz proletaria* (Suplemento), “Nuestras relaciones con el MOIR”, Bogotá, 5 de julio de 1970, p. 5.

Finalmente, en marzo de 1973 la convergencia de estos sectores quedó plenamente formalizada mediante una reunión que se llevó a cabo en la ciudad de Medellín. De la plataforma mínima ideológica se destacan los siguientes puntos:

1. Luchar por obtener la plena vigencia de las libertades democráticas y las garantías ciudadanas;
2. Solicitar el respeto al derecho de organización popular, de reunión, de manifestación y libre expresión de todos los colombianos;
3. Pedir, para el logro de tales fines, el levantamiento del estado de sitio y la supresión de medidas represivas;
4. Combatir el neocolonialismo y la dependencia exterior de tipo económico, cultural y político;
5. Realizar una reforma agraria democrática y profunda que entregue la tierra a los campesinos trabajadores;
6. Gestionar el aumento de sueldos y salarios que compense el costo creciente de la vida...¹¹.

La UNO surgió como un experimento que intentó darle vigencia a la participación de la izquierda democrática en la vida política del país. En ella confluyeron dirigentes del MAC en representación de la ANAPO, el PCC, la Democracia Cristiana en los primeros momentos ya que se retiró en la etapa inicial, y finalmente el MOIR. La UNO fue la confluencia de muy variados sectores de la izquierda, puesto que desembocaron en su seno organizaciones de tendencias prosoviéticas (PCC) y maoístas (MOIR), además de sectores que, de algún modo, habían heredado algo de la política tradicional: caso concreto de los anapistas.

Los comandos de la izquierda democrática

La creación de comandos también tuvo en las coyunturas de unidad una importancia vital. Los esfuerzos de cada una de las organizaciones concentradas en la UNO se enfocaron en la labor proselitista de difusión de los programas mediante la realización de mítines o la fundación de comandos barriales. Un ejemplo de esto lo demuestran las primeras noticias de creación de comandos en Medellín en febrero de 1974, en los barrios Alejandro Echevarría, Las Violetas, La Francia, La Loma, Florencia y un mes más tarde en sitios como Manrique Oriental, Campo Valdés, Barrio Chocó, Nacional, La Pradera y Castilla¹². Lo anterior demuestra los constantes movimientos de la UNO con miras a consolidar unas bases electorales y proselitistas activas que, sin duda, demuestran un claro acercamiento a los sectores

11 AHM, *Radioperiódico Clarín*, "Dada a conocer plataforma mínima ideológica de la Unión Nacional de Oposición-UNO.", 1 de marzo de 1973, Emisión matinal.

12 AHM, *Radioperiódico Clarín*, "13 nuevos comandos inauguró la UNO este fin de semana" 25 de marzo de 1974, Emisión matutina.

populares de la ciudad. Situación que debió tornarse más intensa si se tiene en cuenta la sumatoria de comandos ya existentes del PCC, del MOIR y del MAC que se sumaron a la campaña de la UNO¹³.

A pesar de la proximidad de los objetivos buscados por la izquierda democrática como la defensa del proletariado, la confluencia de tan diversos sectores en un frente electoral no debió ser una tarea fácil. Significó la conciliación de los métodos revolucionarios en pro del bienestar unitario; así la unidad hubiese sido pactada bajo los criterios de mutua aceptación y renuncia a los intereses individuales, esta no funcionó de acuerdo a los fines iniciales o, al menos, no con los fines buscados.

Las directrices de acción de la unidad se pensaron en dos niveles con la pretensión de brindar un recto funcionamiento a la organización. Un primer nivel relacionado con el sostenimiento económico de la unidad nacional; y un segundo concerniente al plan de acción parlamentario que se definía según las necesidades determinadas por cada comando departamental.

El primer nivel, el de las “directrices económicas”, por llamarlo así, resultó siendo un “Estatuto parlamentario que señaló normas por las cuales se rigieron los militantes que fueron elegidos a las corporaciones públicas. En el mismo se consagró que los suplentes deberían ejercer medio período y que los parlamentarios cotizarían un 15% de sus ingresos con destino al Comando Nacional”¹⁴. El segundo nivel, el de la acción parlamentaria, fue asumido por un Comando Nacional asesorado por un Comité de Trabajo Parlamentario¹⁵, encargado de encaminar la labor de los comandos departamentales. A partir de las directrices emanadas de este órgano se definieron los planes de acción a desarrollar en cada una de sus instancias. Un ejemplo de ello lo constituye el caso de Antioquia:

El Comando Departamental de la Unión Nacional de Oposición, UNO, convocó a sus concejales, diputados, representantes y senadores elegidos por la circunscripción de Antioquia a una asamblea que habrá de celebrarse en los salones del Concejo de Medellín. Tiene por objeto unificar el criterio de actuación de los voceros de la UNO en los cuerpos colegiados y estudiar iniciativas a presentar, para evitar contradicciones en la lucha”¹⁶.

13 Tribuna Roja, Bogotá, 11 de abril de 1974, “La UNO ha cumplido y seguirá cumpliendo”, p. 2.

14 AHM, *Radioperiódico Clarín*, “La UNO da a conocer estatuto parlamentario” 18 de abril de 1974, Emisión meridiana.

15 Tribuna Roja, Bogotá, septiembre de 1975, “¿”Política suelta o dirección compartida?””, p. 11.

16 AHM, *Radioperiódico Clarín*, “Mañana habrá reunión de senadores, representantes, diputados y concejales de la UNO” 21 de septiembre de 1974, Emisión meridiana.

Para 1975 fue evidente el fraccionamiento que más tarde dio fin al proyecto unitario de la UNO. Uno de esos primeros cismas de división lo reflejaron las fuertes críticas del MOIR hacia la UNO, en las que se señaló la ausencia de funciones de coordinación y cohesión, lo que condujo a que cada partido decidiera por su cuenta y riesgo asuntos que por su carácter competían a la UNO como tal. Señalan además el desgaste de sus organizaciones en tácticas dispersas y en la mayoría de los casos contrapuestas¹⁷.

La UNO atravesó en 1975 por una etapa de crisis en su actividad y en sus dinámicas organizativas que la llevó a estar casi al margen del juego político, a causa de las muchas disensiones internas y las discusiones insalvables. El MOIR y el MAC coincidieron siempre en señalar la importancia de que la UNO no fuera de dominio exclusivo de un partido o de una persona. Y el PCC rompiendo con la unidad pactada se alejó de ambas organizaciones y formó una nueva UNO con sus bases, produciendo la renuncia del MOIR y el MAC ante la posibilidad de seguir atados a una etiqueta sin contenido político unitario¹⁸.

Pese a ello su existencia se extendió aproximadamente hasta mediados del mes de noviembre de 1979. Posteriormente pasó a ser parte del Frente Democrático (FD) creado a finales de noviembre del mismo año. Aunque para ese momento ya no gozaba de la solidez que la caracterizó en sus inicios. Aún días antes de pactar la unidad en el FD, es posible captar a la UNO en los preparativos de sus convenciones, desarrollando proselitismo barrial y activando su militancia de cara a las elecciones de 1980¹⁹.

Ese cúmulo de tensiones entre las organizaciones de la oposición alternativa causó un repliegue de los distintos movimientos y partidos en nuevos proyectos de unidad. Lo que significó la existencia paralela de iniciativas unitarias de la izquierda demo-

17 *Tribuna Roja*, Bogotá, septiembre de 1975, "El proletariado dirige a través del frente único", p. 15.

18 *Tribuna Roja*, Bogotá, marzo de 1976, "Aclaración política. Comunicado conjunto del MAC y del MOIR", p. 2.

19 Estas citas demuestran esa intensa labor desarrollada:

"El Comando Departamental de la UNO, Unión Nacional de Oposición, informó que el equipo coordinador de la campaña electoral, adelanta actualmente la estructuración de un plan para ejecución de la militancia en los barrios de Medellín y en los distintos municipios del Departamento. De otro lado, el Comando dispuso convocar a foro sobre los principales problemas de la ciudad, cuya organización fue encomendada a los concejales Ovidio Marulanda y Hernando Gutiérrez y a los diputados Horacio Saldarriaga y Jaime Sepúlveda. Además, se ha invitado a las acciones comunales para que participen, a las cooperativas, sindicatos y líderes de barrios." (AHM, *Radioperiódico Clarín*, 6 de septiembre de 1979, Emisión meridiana.)

"La Unión Nacional de Oposición, UNO, tiene programadas reuniones amplias de varios comandos municipales, con el fin de preparar la participación en la próxima convención departamental, se realizarán reuniones en los barrios Santander, La América, Tricentenario, Las Violetas y Doce de Octubre de Medellín..." (AHM, *Radioperiódico Clarín*, 15 de noviembre de 1979, Emisión meridiana.)

crática tanto en el país como en el caso concreto de Medellín. Fue posible rastrear, entre 1973 y 1988, en la escena política medellinense alianzas de la oposición representadas en organizaciones como la UNO (del PCC); el Frente por la Unidad del Pueblo (FUP) surgido de la alianza MOIR-Anapo; UNO-Anapo-Movimiento Independiente Liberal (MIL); Firmes, el Frente Democrático (FD) y la UP.

Frente por la Unidad del Pueblo (FUP)

Si algo puede afirmarse acerca de este experimento de unidad entre el MOIR y la ANAPO, es que los obstáculos en la política siempre pueden ser vencidos. Más aún cuando los objetivos programáticos e ideológicos se acercan para asumir defensas similares y asimismo lo requiere la coyuntura electoral. Este capítulo de unidad, sin duda, fue años atrás una de las posibilidades más rebatidas en la política de alianzas profesada por el MOIR, debido a las constantes críticas a las que fue sometida la Anapo: tachándola de “contrarrevolucionaria y proimperialista.” Sin embargo, las circunstancias particulares de la izquierda para la segunda mitad de la década de los 70 en lo relativo a la unidad no fueron nada prometedoras, lo cual obligó a estas organizaciones a pactar acuerdos de unión que les permitieran participar con iguales o mayores posibilidades frente a la misma izquierda y aún hasta con el bipartidismo.

Si bien con anterioridad ya el MOIR y la ANAPO habían protagonizado capítulos de unidad el acercamiento no había sido espontáneo. En algunos casos medió la proximidad de una lucha reivindicativa y en otros la conciliación del PCC, tal como sucedió en la coyuntura de la UNO. Los acercamientos con los anapistas se presentaron incluso desde antes de 1970 cuando los moiristas propusieron a los anapistas organizar una jornada de paro por dos razones: las injusticias del gobierno de Lleras Camargo y por el fraude del que iba a ser víctima Rojas Pinilla. Como se puede captar en esas proximidades primó lo circunstancial y mediático antes que lo programático.

Para 1976 los ánimos y las circunstancias cambiaron entre ambas organizaciones, y lo que antes era un cúmulo de rencillas y apatías se transformó en una actitud de acercamiento. Los contactos comenzaron con la invitación hecha al MOIR para participar en el Foro Nacional de la Oposición Popular y Revolucionaria con el que la ANAPO dio el primer paso para la conformación de un frente de oposición en Colombia²⁰. A partir de ese momento es posible ver actuar en una

20 Tribuna Roja, Bogotá, diciembre de 1976, “Carta de invitación al MOIR”, p. 4.

alianza a estas dos organizaciones bajo la etiqueta del FUP en las elecciones de mitaca de ese año

Una de las razones que más influyó en la decisión de concretar dicha alianza, según palabras de la dirigencia moirista, nació del cambio de actitud por parte de la dirigencia anapista en lo concerniente al rechazo de las políticas imperialistas. Ya que en años anteriores la ANAPO se había mantenido en una posición neutral y en algunos casos hasta favorable con respecto al imperialismo²¹. El caso concreto de la alianza MOIR-ANAPO en Medellín, obedeció a una concordancia en puntos y defensas sociales como el obrerismo, la posición antiimperialista y antioligárquica, entre otros. Sin embargo, debemos tener en cuenta que no fue la Anapo en su conjunto la que se alió con el MOIR en el FUP, fue un sector de una línea más socialista que representaba una fracción minoritaria dentro de la organización, cuya figura más visible fue Jaime Piedrahita Cardona²².

Lo que devela la emergencia del FUP frente a la existencia diezmada de la UNO es el indicio de un profundo quiebre en el accionar de la izquierda democrática, que las llevó a actuar por diferentes caminos. Sobre todo si se tiene en cuenta el tipo de alianzas que establecieron con la ANAPO, ya que ambas organizaciones (MOIR y PCC) se aliaron con una organización igualmente dividida (ANAPO). Esto da cuenta de una competencia al interior de la izquierda por cooptar las bases electorales anapistas, lo que sin duda fue una carrera en la que poco importó el peso de los argumentos y la integridad del contendor²³.

De manera que, las críticas con respecto a la alianza moirista con los anapistas no se hicieron esperar debido a la ya conocida tensión entre comunistas y maoístas. Para 1978 el PCC lanzó una agudísima crítica:

Lo que ligó a los socios del FUP fueron consideraciones eminentemente electoreras y anticomunistas. El MOIR levantó la bandera de una supuesta “no alineación” en el plano internacional para atraer a sectores indefinidos. Pero en el fondo semejante treta le servía precisamente para difundir los argumentos antisoviéticos de más grueso calibre. La carencia de objetivos programáticos verdaderamente revolucionarios, le dio a esta coalición una inestabilidad y un carácter precario que ya son evidentes. De estos comicios el MOIR, principal grupo maoísta, ha salido desprestigiado. En el afán de oponerse al PC con una alianza mayoritaria, debió renunciar a posiciones que

21 Ibid.

22 Entrevista a Jorge Gómez, Secretario Departamental del MOIR, 26 de junio de 2006.

23 Al igual que el MOIR el PCC estableció en 1977 alianza con la Anapo, constituyendo ésta una nueva etapa de acciones conjuntas, en la que comunistas y anapistas se lanzaron al juego de las luchas unitarias en pro de la alianza política. (*Voz proletaria*, “Desarrollar la unidad popular con el P. C.”, Bogotá, 3 de febrero de 1.976, p. 5).

antes había conquistado, ligándose públicamente con grupos de provocadores anticomunistas y de sectores abiertamente repudiados por la izquierda...²⁴

En el mismo sentido, una infinidad de críticas moiristas calaron en los oídos de las gentes acerca de los coqueteos del PCC con la ANAPO, en las que se les amonestó por aliarse con sectores tradicionales de la política que poco defendían los ideales proletarios.

Este proyecto de unión adquirió un objetivo muy coyuntural, profundamente ligado a fines electorales. Es posible que esta circunstancia haya conducido a que no se conformaran comandos unificados del FUP, tal y como sucedió con la UNO. Pero, sin lugar a dudas, lo que operó fue la acción independiente de los comandos del MOIR y la ANAPO en beneficio de la campaña unitaria de 1976.

Sobre lo que sí es posible señalar algo más, es en lo pertinente a la autonomía partidista que estuvo presente en el FUP. A decir verdad, ese no fue un tema problemático para las expectativas unitarias, es decir, no encarnó ningún obstáculo. La posibilidad anapista de cooptar la militancia moirista fue nula, lo cual se explica por su calidad de fracción minoritaria. La tensión se centró, por tanto, en la actitud del MOIR, como mayoría, para que no produjera escisiones en el sector anapista minoritario. Sin embargo, ello nunca ocurrió y la unidad se planteó desde la complementariedad programática²⁵.

Uno-ANAPO-mil y firmes

Bien podría obviarse la alusión a este tipo de intentos de unidad, para visualizarlos más adelante en la forma de experimentos unitarios más sólidos. Es válido hablar de estas alianzas transitorias para conocer los pasos que antecedieron al proyecto de unidad conocido como el FD, con el que la oposición alternativa y otros sectores de tendencias izquierdistas culminaron su acción unitaria en la década del 70 y dieron apertura al decenio del 80, antes de confluir en la UP.

La decisión de agrupar estas dos organizaciones se hizo con el fin de no dejar por fuera del análisis aquellas iniciativas de unidad que pervivieron a finales de los 70 y que se configuraron a partir de la acción electoral o con la finalidad de convertirse en movimientos que aglutinaran a la izquierda. Además, es necesario considerarlas porque, de algún modo, iniciaron un camino hacia proyectos de unidad que toma-

24 *Voz proletaria*, "El control de los votos el día 26", Bogotá, 6 de abril de 1.978, p. 10.

25 Entrevista a Jorge Gómez, Secretario Departamental del MOIR, 26 de junio de 2006.

ron fuerza meses más tarde y porque, igualmente, las unen rasgos comunes como el hecho de que fueron sectores políticos que en su intento de unidad no lograron constituir unidades sólidas y, por tanto, terminaron coincidiendo en posteriores proyectos con mayor peso programático.

Desde 1977 se perfiló la unión entre la UNO de dirigencia comunista, que ya identificamos, con sectores de la ANAPO, armonizando en aspectos básicos de sus líneas programáticas²⁶. El ingrediente adicional lo constituyó la confluencia en este experimento de alianza de un sector del liberalismo denominado Movimiento de Izquierda Liberal (MIL) que operó a nivel nacional. En 1978 estas organizaciones participaron unidas en las elecciones parlamentarias y posteriormente defendieron las banderas de la candidatura presidencial de Julio Cesar Pernía²⁷.

Unos meses más adelante, para ser más precisos en septiembre de 1978, luego de las elecciones presidenciales, tuvo lugar el hecho político que dio paso a la conformación de Firmes. Esta iniciativa surgió en Bogotá donde un grupo de intelectuales, políticos y trabajadores que tuvieron como soporte la revista *Alternativa*, decidieron adoptar una estructura política. Para lograrlo convocaron a un encuentro en el que el fin último fue la elaboración de los postulados básicos de la organización²⁸.

Tal encuentro tuvo lugar en Bogotá los días nueve, diez y once de noviembre de 1979. A esta cita asistieron los delegados por Antioquia del Comité Regional del Movimiento Firmes, adicionalmente se plegaron a la invitación el PCC, el MOIR, ANAPO-FUP, ANAPO-UNO y el Movimiento de Izquierda Liberal (MIL), lo que devela la convergencia de UNO-ANAPO-MIL en Firmes. La delegación de Antioquia estuvo compuesta por 35 personas "...entre profesionales de distintas especialidades, educadores, estudiantes y dirigentes obreros y populares"²⁹.

A partir de ese momento Firmes decidió no ser ni un partido, ni un frente, ni una federación de grupos políticos que aglutinara bajo una etiqueta las acciones independientes de cada una de sus entidades. Sino un movimiento coordinador

26 *Voz proletaria*, "Desarrollar la unidad popular con el P. C.", Bogotá, 3 de febrero de 1976, p. 5.

Aspectos como la lucha proletaria, la posición antioligarquica, antiimperialista y demás.

27 AHM, *Radioperiódico Clarín*, "La UNO-Anapo, entregará credenciales a sus elegidos el 26 de febrero, el próximo domingo" 21 de abril de 1978, Emisión matinal.

28 *Voz proletaria*, "Sobre FIRMES", Bogotá, 21 de septiembre de 1978, p. 3.

29 AHM, *Radioperiódico Clarín* 9 de noviembre de 1979, Emisión matinal.

de la oposición alternativa y de fracciones de otros movimientos de oposición. La única condición impuesta por las organizaciones firmantes del pacto fue la de “fundirse” en Firmes, dejando de lado las fracciones autónomas que pudieran socavar la unidad del movimiento³⁰.

El Frente Democrático (FD)

Semanas más tarde la unión que antes había dado lugar al Movimiento Firmes desembocó en la creación de lo que se conoció como el Frente Democrático (FD). Fue así como para el dos de diciembre de 1979 el FD de Antioquia convocó a un acto en el Coliseo Menor para proclamar oficialmente la organización. De esta hicieron parte el Movimiento Firmes, la Anapo y la UNO del PCC³¹.

Uno de los grupos que no hizo parte de la unidad fue el MOIR, a causa de las diversas discrepancias entre éste, el PCC y Firmes. La mirada a esas desavenencias nos develará el conjunto de condiciones y obstáculos que mediaron y se presentaron en las coyunturas de unidad de la oposición alternativa. Coyunturas en las que se pusieron en juego no sólo la autonomía partidista sino la suma de concepciones acerca de la democracia, de la igualdad y de la libertad.

La propuesta programática con la que el MOIR pretendió establecer un acuerdo de unidad con el PCC y Firmes en el FD se basó, fundamentalmente, en un conjunto de puntos que encerraron las concepciones democráticas de esta organización, la idea de igualdad y la libertad por las que este movimiento había luchado desde sus primeros años. Para analizarla, es necesario agrupar el conjunto de expectativas y postulados con base en los tres ítems anteriores (igualdad, libertad y democracia).

En primer lugar están las ideas, siempre presentes, referentes a la lucha antiimperialista y antioligárquica. Una propuesta de franca lucha contra la desigualdad que supone la minoría poseedora frente a la mayoría desposeída. Una igualdad que “no contempla la abolición de la propiedad privada, sólo anula sus formas monopolísticas.” Esto, según el planteamiento moirista, conduciría a la idea de libertad presente en esta propuesta programática que se hace visible en las mejores condiciones del proletariado mediante el “salto hacia la emancipación” del tutelaje monopolista. La idea de democracia se relaciona directamente con el peso decisonal y propósito del MOIR al interior de la unidad, señalando al respecto “la ausencia de unas

30 *Voz proletaria*, “Sobre FIRMES”, Bogotá, 21 de septiembre de 1978, p. 3.

31 AHM, Radioperiódico Clarín, 24 de noviembre de 1979, Emisión vespertina.

claras normas democráticas de funcionamiento” que pusieron en ventaja al PCC y a Firmes en lo relativo a la toma de las decisiones³².

Sin embargo, la concepción acerca de la democracia en ese intento de unidad jugó un papel esencial. Ese fue un aspecto insalvable que generó enormes distanciamientos entre el PCC- Firmes y el MOIR. Excepto el MOIR, las organizaciones ligadas a la unidad optaron porque el frente elaborara una “plataforma de acción inmediata” consistente en plantear algunos cambios al régimen y solicitar “peticiones de libertad formal”. La idea de los moiristas, en cambio, se inclinó hacia la propuesta de adelantar un programa “democrático-revolucionario de liberación nacional” en el que las reivindicaciones democráticas fueran el medio para alcanzar los objetivos revolucionarios³³.

De modo que, la diferencia principal radicó en la puesta en práctica de los mecanismos de acción surgidos de las discusiones programáticas. La piedra de toque que obstaculizó la final alianza entre los dos sectores antes mencionados con el MOIR la constituyó la disposición a emprender acciones con objetivos revolucionarios, tal como lo propuso este último movimiento. Finalmente, ninguno de los postulados programáticos propuestos por el MOIR fue aceptado en las jornadas de acercamiento que se dieron entre ambos polos políticos (PCC-Firmes y MOIR). Conduciendo este suceso, de nuevo, a la bifurcación de la oposición alternativa, que llevó al MOIR a actuar de manera independiente y en unos casos a aliarse con liberales; y al FD a realizar su labor aparte hasta la fundación de la UP. Hay que señalar aquí, que esa lejanía de moiristas y comunistas perduró hasta el final del periodo investigado, ya que el MOIR tampoco formó parte de la UP.

El FD se lanzó al debate electoral en los comicios de 1980 y avanzó en su labor proselitista hasta las elecciones de 1984. Desde las primeras elecciones en las que participó el Frente se definió la línea de acción que posteriormente desarrolló la organización. Esas acciones partidistas consistieron en una estrategia electoral en la que el FD estableció listas con un carácter regional, el FD en Antioquia llevó a cabo una regionalización de sus listas. Lo anterior significó la elaboración de dos planchas de candidatos: una para el Valle de Aburrá y otra para el resto del Departamento. Al parecer esta táctica electoral buscó concentrar los votos en las figuras más representativas del frente en la ciudad y en conseguir con ello alcanzar mejores niveles de votación³⁴.

32 *Tribuna Roja* N° 35, “Frente revolucionario o componenda reformista” Bogotá, enero de 1980, p. 2.

33 *Ibíd.*

34 AHM, *Radioperiódico Clarín*, 29 de enero de 1980, Emisión meridiana.

Esa regionalización de listas, permite sospechar acerca de la importancia y alto valor electoral que simbolizó el Valle de Aburrá en los porcentajes de votación del Frente Democrático en el Departamento y, por ende, de la izquierda democrática. Y devela, igualmente, el interés de la oposición por ganar, cada vez más, posiciones en los contornos urbanos y no limitar su accionar a ámbitos rurales, donde mal o bien ya se habían ganado espacios con respecto a las demás organizaciones partidistas tradicionales. Lo que permitió el acceso a un par de curules como más adelante se detallará.

El caso de la Unión Patriótica (UP)

Resultaría una labor incompleta si al hablar acerca de la unidad de la izquierda no se mencionara el paradigma de unidad que simbolizó la Unión Patriótica. Una unidad en la que confluyeron muy diversos proyectos políticos bajo un criterio de acción mucho más pluralista y mucho menos ortodoxo si se le compara con el desarrollado por la izquierda marxista en el país.

Desde un principio la UP asumió rasgos partidistas muy característicos definidos por dos puntos esenciales que se reflejaron a lo largo de su trayectoria. El primero de ellos se refiere al interés por consolidarse como un nuevo estilo de unidad mucho más amplia que sobrepasara los anteriores proyectos unitarios. El segundo punto alude a la independencia partidista proclamada por la UP, a su negativa a ser un apéndice de algún partido político. Con esto último la organización buscó atraer a muchos más sectores de la política sin caer en el sectarismo³⁵.

En sus esfuerzos por lograr la unidad, la organización manifestó la disposición de encabezar “en unión con otros partidos y movimientos democráticos y de la izquierda, la lucha de las masas populares por el retorno a la normalidad, a la controversia civilizada, por una apertura democrática que garantice el libre ejercicio de la oposición.” El interés por congregarse un mayor número de partidarios fue esencial en sus planteamientos y es por ello que a la UP acudieron hombres de adscripción liberal, conservadora, socialista y gentes sin partido, obreros, campesinos, intelectuales, artistas, estudiantes que abogaron por cambios en el país³⁶.

La Unión Patriótica fue el desenlace de un proceso que comenzó con la Unión Nacional de Oposición (UNO), que más tarde prosiguió con el Frente Democrático (FD) y que

35 HARNECKER, Marta. *Entrevista con la nueva izquierda*, México, Centro de Documentación y Ediciones Latinoamericanas, 1989, pp. 24-25.

36 AHM, *Radioperiódico Clarín*, 13 de mayo de 1985, Emisión vespertina.

finalmente desembocó en la UP. La idea central que alentó todo ese proceso estuvo guiada por el deseo de alcanzar una plena unidad popular que garantizara la plena convivencia democrática de muchos sectores políticos.

Fue justamente luego del surgimiento de la UP como movimiento político, cuando la política de unidad y de alianzas con otros sectores se flexibilizó y se concretó. La unidad ya no se pactó únicamente entre sectores de la oposición alternativa o con sectores disidentes del bipartidismo, la UP posibilitó la ampliación de la disposición a la unidad hasta los umbrales de los partidos tradicionales, tan criticados años atrás. De modo que, la UP fue uno de los más claros testimonios de la unidad establecida entre la oposición alternativa con sectores del liberalismo y el conservatismo en la ciudad, ya que el ejemplo fue seguido también por el MOIR³⁷.

Fue así como la UP dio comienzo a su tarea unitaria, acercándose a sectores independientes de la oposición y del bipartidismo en Medellín. Aproximadamente desde mayo de 1985 en adelante los acercamientos comenzaron a ser más frecuentes. Los motivos de los encuentros variaban e iban desde el análisis de los temas de actualidad para la ciudad, hasta la posibilidad de poner sobre la mesa los planteamientos y mirar las coincidencias de los programas³⁸.

En relación con las alianzas que se dieron entre la UP y otras fracciones políticas cabe mencionarse los nombres de Álvaro Uribe Vélez y Álvaro Uribe Rueda por el liberalismo; Fabio Valencia Cossio y Jota Emilio Valderrama, por el conservatismo de vertiente progresista y Gabriel Jaime Santamaría, del Frente Democrático; representantes del M-19, del Ejército Popular de Liberación Nacional y un miembro del

37 Tal como se evidencia en este texto del Movimiento: "El MOIR con Juan Guillermo Jaramillo Correa. El pasado 1 de febrero se llevó a cabo una fructífera reunión entre el doctor Juan Guillermo Jaramillo Correa y las directivas regionales del MOIR, en la cual se llegó a un entendimiento sobre lo siguiente: El MOIR se identifica con los programas de beneficio comunitario expuestos por el doctor Juan Guillermo Jaramillo Correa en su campaña para la Alcaldía de Medellín, por cuanto se dirigen claramente al progreso de la ciudad, al bienestar de sus mayorías y a la salvaguardia de los intereses de los trabajadores. Estas iniciativas entrañan la continuación de la valiosa gestión del doctor William Jaramillo Gómez en bien de Medellín. El MOIR y el doctor Juan Guillermo Jaramillo Correa coinciden en la necesidad de unificar las mayorías civilizadas y progresistas para rescatar sin vacilaciones ni ambigüedades los métodos democráticos para dirimir las controversias políticas y sindicales, base y comienzo para resolver la creciente atmósfera de barbarie que sacude al país y particularmente a la ciudad de Medellín. El MOIR une desde ya todos sus esfuerzos a la campaña del importante sector de fuerzas democráticas liberales que respaldan la candidatura de Juan Guillermo Jaramillo Correa. Juan Guillermo Jaramillo Correa. Candidato Alcaldía de Medellín. Mario Hernández Miranda. Secretario Regional MOIR. Gerardo Gutiérrez Peña. Jefe de Debate Departamental MOIR." (AHM, *Radioperiódico Clarín*, 16 de febrero de 1988, Emisión meridiana.)

38 AHM, *Radioperiódico Clarín*, 25 de mayo de 1985, Emisión meridiana.

estado mayor de las FARC. Los cuales se reunieron con representantes upecistas con el propósito de entablar un diálogo amplio sobre diversas problemáticas de la ciudad³⁹.

Los diálogos entre la UP y sectores liberales de la ciudad fueron tan cercanos que existió para 1986 la posibilidad de una participación conjunta en las elecciones a corporaciones públicas. En una reunión a la que asistieron, entre otros, Álvaro Uribe Vélez, Mario de J. Valderrama e Ignacio Guzmán del liberalismo y Jaime Santamaría, Ovidio Marulanda, Álvaro Vásquez y Gonzalo Álvarez Henao por la UP, se negoció la posibilidad de inclusión de dirigentes de diversos sectores en listas únicas. Sin embargo, para ese momento las conversaciones fracasaron, postergando la alianza electoral dos años más⁴⁰.

La alianza con los liberales logró cristalizarse, definitivamente, en 1988 con miras a la primera elección popular de alcaldes a realizarse en el país. La baraja de candidatos en Medellín estuvo compuesta por Juan Gómez Martínez del Partido Conservador, por Juan Guillermo Jaramillo Correa del Liberal e inicialmente por Gonzalo Álvarez Henao de la UP quien “optó por adherir al candidato liberal que de una mejor manera representaba los intereses de la comunidad”⁴¹.

Alianzas con partidos tradicionales

Para la izquierda democrática, luego de la UP, el factor de la unidad representó la alternativa para establecer alianzas con sectores antes inimaginados. De algún modo, se llegó a una coyuntura política en la que la misma izquierda se dio cuenta que el discurso antibipartidista antes que granjearle beneficios lo que le había generado era desconfianzas y apatías de diversos sectores.

Durante todo el proceso de la izquierda en el sistema democrático de elecciones, la lucha siempre había estado dirigida hacia la política tradicional, es decir, hacia los partidos Liberal y Conservador. Estos partidos, según la izquierda, eran los detentadores del poder y los tentáculos de los dos fenómenos más odiados por estas fuerzas de izquierda: el imperialismo y la oligarquía. Por lo tanto, siendo esto así lo más obvio era que el dominio de muchos de los aspectos de interés nacional pasaran por las manos y decisiones de ambas partes.

39 AHM, *Radioperiódico Clarín*, 2 de julio de 1985, Emisión meridiana.

40 AHM, *Radioperiódico Clarín*, 21 de enero de 1986, Emisión meridiana.

41 AHM, *Radioperiódico Clarín*, 26 de febrero de 1986, Emisión vespertina.

De acuerdo con lo anterior, la izquierda no podía ser más obstinada en su intento, no podía llegar al colmo de la ortodoxia al querer distanciarse de tal realidad. Una cosa significaba tener unos ideales y unas defensas tal y como rezaba en sus programas y postulados, pero otra muy distinta era negarse a aceptar la relación de fuerzas políticas del país: claramente favorables a los sectores tradicionales de la política. El cálculo de probabilidades electorales hacía urgente un cambio de estrategia para la obtención del voto de diversos sectores. La UP optó por esta iniciativa. Si se mira con detenimiento y se comparan las dinámicas electorales de la izquierda con la unidad que simbolizó la UP podemos observar cómo todas las participaciones electorales de la oposición en capítulos de unidad estuvieron mediadas por una iniciativa única: la de contraponerse a los partidos tradicionales, esto sin tener en cuenta la desigual relación de fuerzas electorales que comportaron esas disputas comiciales. Por su parte, la UP acudió a una cierta previsión del entorno político, es decir, supo interpretar las simpatías y apatías electorales con el objetivo de encauzar sus esfuerzos y campañas.

Tal como ocurrió con el caso de la elección popular de alcalde en Medellín del año 1988, ocasión en la que la UP adhirió a la candidatura liberal de Juan Guillermo Jaramillo Correa debido a su favoritismo en gran parte de la base electoral de la ciudad. Esta organización supo en qué lugares establecer alianzas para no dispersar sus esfuerzos y lograr, en comunión con otras fuerzas, alcanzar las instancias de decisión en las que la UP pudiera tener capacidad de veto o aprobación en su calidad de aliada. Así mismo, también se lanzó al juego de modo solitario en los lugares donde consideró tenía el suficiente peso electoral para superar a sus contendientes.

Las alianzas de la UP y del MOIR con sectores tradicionales de la política en Medellín hicieron parte de una táctica pensada para lograr obtener, paulatinamente, el voto de liberales y conservadores al decidir actuar en conjunto y buscar acercamientos programáticos. Igualmente, le sirvió para librarse, un poco, del recio dogmatismo que le produjo el discurso antibipartidista que la llevó al sectarismo. E igualmente, representó esta actitud un claro rechazo a las persecuciones de las que fue víctima la izquierda, buscando nuevos espacios de participación y un grado de tolerancia que les permitiera actuar sin tantos obstáculos.

¿Y cómo se unen ante la violencia política? no se sabe...

Sin embargo, éste último aspecto no cambió en mucho ya que, de modo paradójico, las persecuciones no cesaron tal y como se pensaba ocurriría. Aunque los acercamientos con los sectores de la política tradicional se gestaron, lo que se eternizó en el futuro inmediato fue la más recia persecución a los movimientos políticos de izquierda.

Lo cual condujo a la casi extinción de la UP y fundó un ambiente de zozobra en la esfera política nacional y local.

El significativo número de asesinatos de líderes de la oposición fue noticia cotidiana⁴², la persecución, el veto de opinión y las pocas garantías gubernamentales merodearon en el ambiente represivo disfrazado de democracia. Develando esto lo particular de las condiciones en las que sobrevivió la oposición política en Colombia durante esas décadas.

La persecución de la UP corrió por cuenta de organismos oficiales que se encargaron de adelantar labores de “contrainteligencia o propaganda negra” contra los activistas de la UP, sobre todo en zonas como el Bajo Cauca, Urabá y el Magdalena Medio. Las acciones también se desarrollaron con las detenciones de los dirigentes de este grupo político y en muchos de los casos con asesinatos de los hombres claves del partido en las distintas localidades antioqueñas.⁴³ La UP protestó enérgicamente ante la persecución oficial y las pocas garantías electorales ofrecidas a sus dirigentes y simpatizantes a lo largo y ancho del territorio antioqueño. Sin embargo, sus voces fueron ignoradas a tal punto que una de las alternativas por las que optó la organización fue retirarse del Comité de Garantías Electorales creado desde 1986 y así protestar de algún modo ante el mutismo del Estado colombiano⁴⁴.

Bibliografía

Fuentes primarias

Archivo Histórico de Medellín, Radioperiódico Clarín.

Universidad de Antioquia, Sala de prensa, Periódicos El Diario, El Correo, El Colombiano, Voz Proletaria, Tribuna Roja

Universidad de Antioquia, Hemeroteca de Ciencias Sociales, Revista Alternativa

Bobbio, Norberto. *Diccionario de Política*, Madrid, Siglo XXI Editores, 1997.

42 A finales de los años 80 el promedio de las víctimas en Antioquia sobrepasa las 500, siendo más cruenta esta violencia partidista en la zona del Magdalena Medio y el Urabá.

Clara Inés García. *Urabá, región, actores y conflicto 1960-1990*, Medellín, Gente Nueva, 1996, pp. 139-163.

43 AHM, *Radioperiódico Clarín*, 31 de julio de 1986, Emisión meridiana.

AHM, *Radioperiódico Clarín*, 5 de febrero de 1986, Emisión vespertina.

AHM, *Radioperiódico Clarín*, 29 de enero de 1986, Emisión meridiana.

44 AHM, *Radioperiódico Clarín*, 26 de febrero de 1988, Emisión meridiana.

- Duverger, Maurice. *Los partidos políticos*, México, Fondo de Cultura Económica, 1951.
- Pasquino, Gian Franco. *La oposición*, Madrid, Alianza Editorial, 1998.
- Sartori, Giovanni. *Partidos y sistemas de partido*, Madrid, Alianza Editorial, 1992.
- Collazos, Oscar. *Colombia: Tres vías a la revolución, Partido Comunista, MOIR, Tendencia Socialista*, Bogotá, Círculo Rojo, 1973.
- Fals Borda, Orlando. "Terceras fuerzas triunfantes en Colombia." En: *Revista Foro*, N° 9, pp. 3-7.
- Fernández, Rigoberto y Hernández, Rogelio. "La tercera vía política en Colombia o el laberinto de la democracia" En: *Revista Foro* N° 9, pp. 37-45.
- Gallón Giraldo, Gustavo. *Entre movimientos y caudillos. 50 años de bipartidismo, izquierda y alternativas populares en Colombia*, Bogotá, CINEP, 1989.
- Gutiérrez Sanín, Francisco. "Dilemas y paradojas de la transición participativa" En: *Análisis político*, Nro 29, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1996, pp. 35-52
- Gutiérrez Sanín, Francisco. "Fuerzas no bipartidistas y desarrollo de las instancias participativas" En: *La oposición política en Colombia*, Bogotá, IEPRI, 1996, pp. 73-89.
- Gutiérrez Sanín, Francisco. "¿Se ha abierto el sistema político colombiano? Una evaluación de los procesos de cambio (1.970-1.998) En: *América Latina hoy*, Nro. 27, España, Ediciones Universidad de Salamanca, abril de 2.001, 189-215.
- Gutiérrez Sanín, Francisco. "Fragmentación electoral y política tradicional en Colombia: piezas para un rompecabezas en muchas dimensiones" En: *Perfiles latinoamericanos*, N°. 20, México, Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, junio de 2.002, pp. 53-77.
- Gutiérrez Sanín, Francisco. "Agregando votos en un sistema político altamente desinstitucionalizado" En: *Archivos de economía*, Bogotá, Dirección de Estudios Económicos, 2.001, pp. 1-16.
- Harnecker, Marta. *Entrevista con la nueva izquierda*, México, Centro de Documentación y Ediciones Latinoamericanas, 1989.
- Jiménez Gómez, Carlos. "Una tercera vía para la Colombia de hoy." En: *Revista Foro*, N° 9, pp. 20-27
- López Valencia, Fanny. *Ideología y practicas cotidianas de la izquierda en Medellín durante el Frente Nacional (1.958-1.974)*, Medellín, Universidad de Antioquia, 2001
- Losada, Rodrigo. *Identificación y participación política en Colombia*, Bogotá, Fedesarrollo, 1981
- Machado, Federico. "Izquierda y elecciones: liberalismo y democracia en Colombia." En: *Revista Foro* N° 10, sept. 1989, pp. 27-34
- Medina, Medófilo. "*La protesta urbana en Colombia en el siglo veinte*", Bogotá, Ediciones Aurora, 1984.
- Nieto López, Jaime y Nieto López, Eduardo. *Las terceras fuerzas políticas*, Medellín, Universidad de Antioquia, 1987.

- Martínez, Pedro José. “La unidad de la izquierda en Venezuela” En: *Politeia* N° 9, pp. 311-393
- Molina Mércan, William. *Oposición política al Frente Nacional*. Medellín, Universidad de Antioquia, 2003
- Parra Ramírez, Esther. “Alternación, fraccionalismo y ejercicio de la oposición en Colombia” En: *Temas socio-jurídicos*, Vol. 17, N° 37, Bucaramanga, Universidad Autónoma de Bucaramanga, pp. 137-148
- Pizarro Leóngómez, Eduardo. “Un nuevo pacto nacional más allá del bipartidismo” En: *Revista Foro* N° 2, feb. 1987. 24p.
- Pizarro Leóngómez, Eduardo. “¿Hacia un sistema multipartidista? Las terceras fuerzas en Colombia hoy” En: *Análisis político* N° 31, may.-ago. 1997, pp. 82-104
- Rodríguez Elizondo, José. “Crisis y renovación de las izquierdas” En: *Análisis político* N° 25, may.- agos. 1995, pp. 136-138
- Romero, Marco A. “Oposición, pluralismo y representación política en Colombia” En: *Revista Foro* N° 27, jul. 1995, 40p.
- Romero Silva, Marco Alberto. “Oposición, pluralismo y representación política en Colombia.” En: *Revista Foro* N° 27, jul. 1995, pp. 33-44
- Sánchez, Ricardo. “Colombia: el bloqueo de las izquierdas como tercera alternativa.” En: *Revista Foro*, N° 9, pp. 8-16



Título: Rastros de restos serie 4

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN
SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS
Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:
A PROPÓSITO DEL ESTADO
DE COSAS INCONSTITUCIONAL****

* La primera versión de este artículo se impartió como conferencia en el foro *Balances y perspectivas de la Constitución: 20 años*. Universidad EAFIT – Escuela de Derecho. Medellín, julio de 2011. Esta versión se inscribe en los desarrollos de la línea “Estudios sobre políticas públicas” adscrita al grupo de investigación *Estudios sobre Política y Lenguaje* (cat. A1) Departamento de Humanidades, Universidad EAFIT. Agradezco a Mario Montoya Brand, Gonzalo Ramírez Cleves y Rodolfo Arango por sugerencias concretas sobre el texto y generales sobre la problemática que se ocupa.

Fecha de recepción: septiembre 8 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 9 de 2011

APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

A PROPÓSITO DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

*Leonardo García Jaramillo***

RESUMEN

Colombia es uno de los países latinoamericanos en los cuales mayor influjo han ejercido diversas teorías jurídicas y doctrinas jurisprudenciales transnacionales, las cuales surgieron desde 1970 cuando los países europeos que salían del fascismo y, luego, de las dictaduras, transformaron radicalmente sus textos constitucionales incluyendo principios morales y derechos sociales, además de los clásicos liberales y de defensa. Dicha transformación requirió de forma casi inmediata una nueva dogmática jurídica, así como renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los paulatinos procesos de implementación de la normativa constitucional. La riqueza del constitucionalismo colombiano se revela no sólo en la recepción de doctrinas jurisprudenciales transnacionales, sino también por aquellas que se han creado para responder a las particularidades del contexto social en el cual deben aplicarse las provisiones constitucionales. Una de las principales, sino la más, es el estado de cosas inconstitucional. Además de analizarse doctrinariamente se ejemplificará desde el caso más complejo: el desplazamiento forzado interno.

Palabras clave: desplazamiento, justicia social, activismo judicial.

APPROXIMATION TO THE DISCUSSION ABOUT PUBLIC POLITICS AND CONSTITUTIONAL JUSTICE:

SPEAKING OF STATE OF THINGS AGAINST CONSTITUTIONALITY

ABSTRACT

Without hesitation it can be argued that our country is, in Latin American juridical realm, one in which greater influence have had different legal theories and judicial doctrines that emerged, basically, in Europe since 1970 when fascism and the dictatorships collapsed. In such contexts, like Germany, Italy, Spain, and Portugal, their constitutions were radically transformed through the inclusion of fundamental and social rights, in addition to liberal and defense rights. This transformation required almost immediately a new juridical science as well as renewed both judicial doctrines and theoretical approaches to law, with which to respond solid and systematically before the gradual process of constitutional provisions enforced by judges. The richness of Colombian constitutionalism is noticeable not only because of the reception of transnational juridical theories and judicial doctrines, but also by those doctrines created to respond to the unjust and unequal social context in which must be applied those provisions. One of the main, if not the most, is the “state of things against constitutionality”. Besides of analyzed it by means of doctrine, it will be exemplified from the most complex case, namely, internally displaced persons due to rural violence.

Key words: internally displaced persons, social justice, judicial activism.

** Realiza estudios de maestría en humanidades, con énfasis en política, Universidad EAFIT, Medellín. Profesor del programa de Ciencias Políticas, del área de Derecho Público y editor de la revista de humanidades, Universidad EAFIT. Ha publicado algunos artículos y traducciones en revistas especializadas, así como capítulos de libros. Coordinó con Miguel Carbonell la edición académica de *El canon neoconstitucional*, en donde participó también como coautor y traductor.

APROXIMACIÓN A LA DISCUSIÓN SOBRE POLÍTICAS PÚBLICAS Y JUSTICIA CONSTITUCIONAL:

A PROPÓSITO DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

Introducción

Conjuntamente con los tribunales constitucionales de los países que entraron al constitucionalismo contemporáneo en la tercera oleada desde 1980¹, tales como Hungría, Sur África e India, pero también Corea², la Corte Constitucional colombiana se reconoce internacionalmente como alineada con causas progresistas y comprometida con el garantismo que comportan las provisiones constitucionales. Sus decisiones tendientes a controlar desbalances en el poder público y su com-

1 El neoconstitucionalismo como modelo de organización política con fuerte contenido ideológico, vocación sustantiva y con una teoría jurídica subyacente, surge en tres oleadas histórica y contextualmente verificables. La primera la constituyen los países que salieron del fascismo y el nazismo (Italia y Alemania). Una segunda oleada la integrarían los países que salieron de las dictaduras, tales como Grecia (1975), pero fundamentalmente Portugal (1976) y España (1978). Una tercera oleada, finalmente, los países que desde la década de 1980 empezaron a cambiar sus regímenes constitucionales o a introducir reformas sustanciales que incorporaban elementos de estos procesos constituyentes en Europa. En el caso de los países latinoamericanos se trata sobre todo del intento de reconstruir su orden político tras experiencias de dictaduras militares, guerras civiles o como respuesta a recurrentes crisis de legitimidad. Dicha expansión ha determinado cambios en el discurso jurídico que abonaron el terreno a la recepción de las variantes teórica, metodológica e ideológica del neoconstitucionalismo.

2 Alajos Dornbach, "Retroactivity Law Overturned in Hungary", *East European Constitutional Review* No. 1, 1992. Spencer Zirzak, "Hungary's Remarkable, Radical, Constitutional Court", *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe* Vol. 3, No. 1. Margaret A. Burnham, "Cultivating a Seedling Charter: South Africa's Court Grows its Constitution", *Michigan Journal of Race and Law*, Vol. 3, No. 29, 1997. Vijayashri Sripathi, "Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India", *American University international Review*, No. 14, 1998. Brenda Crossman – Kapur Ratna, "Secularism's Last Sigh?: The Hindu Right, the Courts, and India's Struggle for Democracy", *Harvard International Law Journal*, Vol. 38, No. 113, 1997. Kung Yang, "The Constitutional Court in the Context of Democratization: the Case of South Korea", *Verfassung und Recht in Ubersee* No. 31, 1998. Cass Sunstein, *The Second Bill of Rights*, New York, Basic Books, 2004. Roberto Gargarella – Pilar Domingo – Theunis Roux (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot Ashgate, 2006.

Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 149. Diego López Medina, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla", 2002, p. 15.

promiso con las principales tesis neoconstitucionales, que han recibido notable atención por parte significativa de la academia jurídica iberoamericana, la sitúan a la vanguardia del constitucionalismo en la región. Valiosas lecciones quedaron sobre este particular luego de la celebración del VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional, que se realizó en octubre del presente año en Bogotá con presencia de magistrados y académicos de diversos países, quienes destacaron casos resueltos por la Corte Constitucional desde su surgimiento, así como doctrinas jurisprudenciales que han sustentado subreglas que, en desarrollo de principios como la colaboración armónica entre las ramas del poder público, el goce efectivo de los derechos, la realización de los derechos como fin del Estado y la garantía a la salvaguarda de la integridad de la Constitución, han contribuido de forma determinante no sólo en la interpretación sino también, e incluso particularmente, en la creación y desarrollo del derecho constitucional, con profundas influencias en la legislación en general.

Reputados doctrinantes nacionales han atribuido a la promulgación de una nueva Constitución Política la entrada de Colombia a las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo, aquello que tempranamente se denominó “nuevo derecho”. Rodolfo Arango, Carlos Bernal Pulido y Diego López Medina asignan a la Constitución de 1991 la creación del nuevo constitucionalismo colombiano³. Además de las bien conocidas y estudiadas reformas que estableció respecto de su antecesor, el texto fundamental vigente ha podido desplegar su contenido normativo debido a la labor de la institución a la cual se le asignó la guarda de su integridad y supremacía. La multiplicidad de cuestiones sobre las que ha decidido y el enfoque teórico desde el cual las ha abordado, constituyen factores de singular importancia en dicho examen. Decisiones que habrían sido impensables durante la vigencia del sistema regeneracionista, han sido afrontadas con solidez argumentativa por la Corte Constitucional.

Una pregunta que se podría formular al inicio es si todo progresismo jurisprudencial, que es en general bien visto, comporta necesariamente un activismo judicial, que se juzga usualmente como reprochable por sectores como el político de derecha o centro-derecha, que quiere conservar un statu-quo favorable a sus intereses; el jurídico conservador, para el cual los tribunales deben tener toda la deferencia con los representantes elegidos por el pueblo porque la sede de la democracia radica en las mayorías, y el económico para, en una suma muchas veces de estas dos razones, oponerse a que se tomen decisiones con impacto fiscal que no provengan del eje-

3 Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Bogotá, Universidad Externado, 2004. Carlos Bernal Pulido, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 149. Diego López Medina, *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002, p. 15.

cutivo o del legislativo que son, particularmente aquel, los encargados constitucionalmente del diseño de políticas públicas. Podemos distinguir argumentativamente entre actuaciones deseables de un tribunal comprometido con la realización de los derechos como fin del Estado, y actuaciones indeseables porque comportan una pretensión de sustitución a los órganos encargados del diseño y la ejecución de las políticas públicas. Plantear la distinción puede ser útil porque permitirá analizar con mayor rigor y menores grados de ideologización, las sentencias que toma la Corte en casos controvertidos.

Sin pretender articular razonamientos provenientes del derecho comparado, es útil recordar que durante poco más de una década la Corte Suprema Estadounidense profirió una serie de decisiones que, no sólo en su momento sino también ahora, han sido blanco de acérrimas críticas por su accionar “activista”. Se trata del período durante la presidencia de Earl Warren que se conoce como la “Corte Warren” (1953 – 1969)⁴. 184 casos se fallaron dentro de los cuales se destacan aquellos sobre protección a los derechos civiles, separación entre iglesia y Estado, y cambio en los procedimientos de arresto e interrogatorio policial para amparar los derechos de los sindicatos. Recordemos algunos de los casos que fueron más polémicos pero que aún hoy reciben críticas desde sectores mayoritariamente reunidos bajo el espectro político republicano.

En *Gideon vs. Wainwright* de 1963, la Corte determinó de forma unánime que los tribunales estatales deben proporcionar a los acusados de un delito que no cuentan con recursos económicos, un representante legal. El fundamento lo encontró la Corte en la sexta enmienda que reconoce derechos relativos al procedimiento penal (“juicio expedito por un jurado imparcial, el acusado debe conocer la naturaleza y causa de la acusación, a que se le confronte con los testigos que lo acusan, a que se obligue a comparecer a los testigos que le favorezcan y a contar con la ayuda de un abogado que lo defienda”).

En 1964 se decidieron dos casos: *Reynolds vs. Sims* que, a partir de la doctrina “una persona, un voto” determinó que los Congresos estatales deberían ser aproximadamente iguales respecto de su población, y *New York Times vs. Sullivan* que amparó la libertad de expresión estableciendo que la mala intención real, algo así como el dolo, tiene que probarse por el demandante en casos de que se alegue que un medio de comunicación lo difamó⁵.

4 La siguiente información ha sido recabada de www.law.cornell.edu/supct/ y confrontada y ampliada en algunos casos en: www.supremecourt.gov (V-I-11).

5 El contexto de este caso es importante. En New York hubo una marcha a favor de los derechos civiles, la cual terminó en una severa represión policial. Algunos de los afectados que habían participado en la marcha decidieron sacar una nota en el periódico *The New York Times* solicitando fondos para la defensa de Martin

Miranda vs. Arizona de 1966 es un caso que estableció una rutina policial que todos conocemos porque sus efectos se muestran constantemente en las películas cuando capturan a alguien, que le dicen, “Tiene derecho de guardar silencio. Todo lo que diga puede ser usada en su contra... tiene derecho a consultar con un abogado, si no puede pagarlo el Estado le proporcionará uno”. También se le debe preguntar al capturado si entendió sus derechos.

El caso más sonado de este período fue *Brown vs. Board of Education of Topeka* (1954) el cual constituyó un *overruling* respecto de *Plessy vs. Ferguson* (1896) y estableció de forma unánime que la doctrina de negros separados pero inherentemente iguales, que la misma Corte había establecido en *Plessy*, era inconstitucional en todas sus dimensiones porque separar a las personas por razones de su raza en la educación pública, constituía una discriminación que tendría efectos sobre el desarrollo de los discriminados. La práctica establecida en el caso *Plessy* violaba la provisión de igual protección establecida en la décimo cuarta enmienda. En *Brown* famosamente argumentó la Corte que “[Separar a los niños afroamericanos] de otros de edad y capacidades similares únicamente debido a su raza, genera un sentimiento de inferioridad respecto a su estatus en la comunidad, que puede afectar sus corazones y sus mentes de un modo que probablemente jamás será superado (...) Una sensación de inferioridad afecta la motivación de un niño para aprender. La segregación, con la aprobación de la ley, por tanto, tiende a [retardar] el desarrollo educativo y mental de los niños negros y a privarlos de algunos de los beneficios que recibirían en un sistema escolar racialmente integrado”⁶.

Ante estos casos cabe preguntarse, tratándose como coincidimos creo en señalar que se trata de casos progresistas, si es posible, de un lado, afirmar su naturaleza deseablemente protectora de derechos y, de otro, considerar que no se trata de casos con la pretensión de sustituir otras instituciones públicas desequilibrando el poder mediante una atribución excesiva de competencias. Hay sin duda que examinar nuestros propios precedentes considerados progresistas que se han tomado y seguido en 20 años de prolija jurisprudencia, pero como punto de partida puede resultar ilustrativo comparar la experiencia de un referente del constitucionalismo

Luther King que había sido acusado de falso testimonio en Alabama. En la nota también se criticó la cruenta represión por parte de la policía. Se consignaron datos ciertos y algunos falsos porque no fue posible por ejemplo determinar el número real de heridos, no se incluyeron estos datos falsos en la nota por mala fe. El jefe de policía consideró que se le había injuriado con la información publicada. Judicialmente se debió decidir entonces si se amparaba el derecho al honor o si se amparaba el derecho a la libertad de expresión. El debate público robusto debe prevalecer.

6 Traducción propia. Sobre esta decisión, consúltense, Herbert Wechsler, “Toward Neutral Principles of Constitutional Law”, en: *Harvard Law Review*. No. 73, 1959. Cass Sunstein, “Why Markets Don’t Stop Discrimination?”, en: *Free Markets and Social Justice*. Oxford University Press, 1997.

global como el estadounidense. Hay que tener una precaución. Alguna influyente tendencia constitucional estadounidense, con representantes no sólo en las universidades sino también en las altas cortes, sustenta que a la esfera de competencia del legislativo debe dispensársele un particular respeto. Las decisiones que comportan gasto público sólo pueden tener origen legislativo, por cuestión no sólo de competencia funcional sino también de estabilidad macroeconómica y viabilidad real para cumplir con las provisiones que exigen los derechos; por la planeación. A pesar de que se trata de incumplimientos masivos y reiterados de derechos, que además afectan a poblaciones plurales de personas, si se calca una teoría foránea al contexto colombiano el resultado no podrá ser otro más que reprochar a la Corte Constitucional por sus decisiones progresistas.

El contexto colombiano impone la necesidad de considerar otras variables adicionales por las características de la normativa constitucional que rige y el modelo de Estado que ellas comportan, con el referente del particular contexto social en el que deben implementarse. Adicionalmente, debido a que el cumplimiento de las órdenes complejas que imparte la Corte trasciende su capacidad, adquiere especial relevancia la cuestión por la creatividad judicial al momento de recetar el remedio y la posterior terapia de recuperación ante la enfermedad diagnosticada.

En Colombia, se destacan la protección del derecho al libre desarrollo de la personalidad ante los reclamos estudiantiles por la imposición de normas de los manuales de convivencia que lo vulneraban, la admisibilidad de la objeción de conciencia frente al servicio militar, los derechos de libertad de expresión en relación con los alcances de la libertad de información, la protección del derecho a la igualdad y las sentencias que han amparado derechos sociales vía tutela; también los derechos civiles y penales para parejas homosexuales, y los que han desarrollado políticas de discriminación positiva. Particularmente vehementes fueron las críticas a sentencias como la relativa al problema hipotecario del UPAC, la despenalización del consumo de dosis personal de droga, la permisión condicionada del aborto y la eutanasia, la que dispuso fechas concretas para unificar el seguro de salud, la que ordenó actualizar integralmente el POS garantizando la participación directa y efectiva de la comunidad médica y los usuarios, la que estableció pisos perentorios para salarios y pensiones, las que se han dirigido hacia la regulación financiera de los derechos constitucionales y la sentencia que, conjuntamente con numerosos autos, ha ordenado apropiación de recursos presupuestales para garantizar derechos constitucionales (fundamentales y sociales) a las víctimas del desplazamiento forzado por la tragedia humanitaria que afrontan. Se suman en este último punto las innovaciones institucionales para asegurar el cumplimiento de sus ambiciosas decisiones, mediante la expedición de autos de cumplimiento ante las instancias gubernamentales obligadas jurídicamente a cumplir determinadas funciones tendientes a desarrollar las provisiones constitucionales.

El progresismo no sólo es admisible sino también deseable porque la Corte Constitucional tiene un deber de colaborar armónicamente con los órganos del Estado para la realización de sus fines y uno de ellos, el más importante, es precisamente la realización de los derechos. Se trata del fin más importante porque además de imponer límites al legislador respecto de los mecanismos para tramitar sus propias reformas y para promulgar leyes, las constituciones contemporáneas amplían las exigencias a todos los poderes públicos que se asiste a un tránsito de la Constitución como límite al orden jurídico hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales⁷. La razón de ser del Estado aparato (parte orgánica) no es otra más que la protección y garantía de los derechos (parte dogmática).

Los fallos activistas que pretendiesen usurpar funciones e impartir órdenes particularmente ambiciosas y sin sustento en la planeación, pueden objetarse en casos concretos, así como puede objetarse igualmente el inadecuado comportamiento de algunos exmagistrados que han querido tomar réditos políticos de las sentencias de las que fueron ponentes, sin que ello implique que se pueda criticar a la Institución como tal. Puede eludirse sin reproche la responsabilidad de tener que argumentar sobre la importancia del rol de la Corte Constitucional en 20 años de creación y desarrollo del derecho. Ha visibilizado muchos problemas sociales que antes sólo eran conocidos por especialistas que los estudiaban, permitiendo así que adquirieran significancia política. Ha forzado a sectores importantes de la política y la opinión pública a prestarle atención a cuestiones sociales antes ignoradas, así como a configurar una postura frente a ellas. Institucionalizó el Estado Social de Derecho que, como modelo ideológico y fórmula política, cuenta con elementos básicos como el respeto a la dignidad humana (art. 1), la proclamación de principios de democracia, participación y pluralismo (art. 1), la atribución a la Constitución de carácter supremo (art. 4), la primacía de los derechos inalienables de la persona (art. 5), el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos fundamentales y sociales (tit. 2, caps. 1 y 2) y la garantía jurisdiccional de la Constitución (cap. 4).

En particular la consagración de la efectividad de los principios y derechos como fines esenciales del Estado (art. 2), ha tornado cardinal en nuestro sistema jurídico los problemas relacionados con la práctica de la aplicación de los derechos fundamentales. Las disposiciones iusfundamentales que establecen los derechos determinan límites formales y materiales a los poderes públicos, pero también

7 Josep Aguiló, "Sobre la Constitución en el Estado Constitucional", *Doxa* No. 24, Alicante, 2001, pp. 454 y 456; "Sobre las contradicciones (tensiones) del constitucionalismo y las concepciones de la Constitución", en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*. Bogotá, Universidad Externado, 2010 (Trotta, 2da ed.).

a los privados⁸. Las normas dogmáticas le determinan a las normas orgánicas, tanto lo que deben hacer, como lo que les está permitido hacer. Esta posición explica por qué los problemas relativos al concepto, la estructura y la interpretación de los derechos fundamentales han ocupado un lugar sobresaliente en la jurisprudencia constitucional y en la dogmática del derecho público colombiano, desde la génesis misma de la jurisprudencia constitucional en 1992. Es por eso que la pregunta ¿dónde están consagrados los derechos fundamentales? no se puede responder haciendo referencia al título respectivo de la Constitución, sino que deben referirse los numerosos volúmenes de jurisprudencia constitucional que ha desarrollado la Corte Constitucional⁹.

Es llamativo constatar que, a pesar de los embates de poder, de las columnas de opinión que intentan desprestigiarla y de algunas sentencias desafortunadas, la Corte a diciembre de 2010 tenía una favorabilidad de 57% y la encuesta Gallup de inicios de 2011 arrojó un ascenso de casi diez puntos porcentuales en dicha cifra¹⁰. Esto resulta más sugestivo aún cuando se contrasta con el 33% de favorabilidad del sistema judicial en general, lo cual lo hace una de las instituciones públicas más desprestigiadas. En esta labor de guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución, pero particularmente por su papel comprometido con el desarrollo del derecho (*living constitutionalism*), la Corte Constitucional ha receptado instituciones judiciales y doctrinas constitucionales surgidas de diversos contextos jurisprudenciales, tales como el germano, el español, el francés y el italiano, así como el estadounidense, por lo cual puede afirmarse sin exageración que Colombia es uno de los países de la región en los cuales mayor influjo han ejercido teorías jurídicas transnacionales, que surgieron desde cuando los países europeos que salían del fascismo y, luego, de las dictaduras, transformaron radicalmente sus textos constitucionales incluyendo derechos fundamentales y sociales, además de los clásicos liberales y de defensa. Dicha transformación requirió de forma casi inmediata una nueva dogmática jurídica y renovadas doctrinas judiciales y planteamientos teóricos que permitieran responder sólida y sistemáticamente ante los paulatinos procesos de implementación de la normatividad constitucional en el marco de la garantía a los derechos fundamentales.

Dentro de las principales tesis e instituciones que han sido receptadas en Colombia debido a la jurisprudencia constitucional que, tempranamente, desmonopolizó la

8 Alexei J. Estrada, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado, 2000.

9 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.

10 docs.google.com/viewer?a=v&pid=explorer&chrome=true&srcid=0B_rSr6Al0PuJZTRkOTQ1MmYtMZl2OC00ODM3LTlkMGUtMDk1YWwNIN2JhZTQ4&hl=en (4-III-11).

creación del derecho en cabeza de la rama legislativa, pueden destacarse las siguientes. Respecto de la Constitución: interpretación sistemática, naturaleza normativa, garantía jurisdiccional, fuerza vinculante y modelo axiológico de la Constitución como norma; las constituciones latinoamericanas contienen numerosas cláusulas de realización progresiva porque reflejan un descontento con la situación actual de sus respectivas sociedades¹¹; si bien nuestra Constitución es semi-rígida o incluso flexible según la clasificación usual conforme al criterio de reformabilidad, el discurso sobre la importancia de resguardar al texto fundamental de cambios constantes ha tenido una llamativa recepción doctrinaria y jurisprudencial¹². A partir de la incorporación constitucional de principios morales, las tradicionalmente sólidas fronteras entre el derecho, la moral y la política tienden a desmoronarse. En la actualidad el poder judicial es un verdadero poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución Política. Si bien la facultad judicial de revisar la constitucionalidad de los actos del Congreso (*judicial review*) se incorporó en la reforma de 1910, sólo a partir de 1991 se ha desarrollado vigorosamente¹³.

Respecto de los derechos fundamentales: contenido esencial y valor normativo pleno, efecto de irradiación hacia todo el ordenamiento jurídico a partir de lo cual se ha constitucionalizado; la eficacia entre particulares ha sido uno de los mayores logros en el caso de los efectos normativos que consagran los derechos. Se han trasplantado técnicas interpretativas propias de los desarrollos dogmáticos transnacionales sobre la concepción y la aplicación de los derechos constitucionales, tales como el principio de proporcionalidad en sentido lato y la ponderación.

La riqueza del constitucionalismo colombiano se revela no sólo por la recepción de doctrinas, teorías e instituciones judiciales y jurisprudenciales de circulación transnacional, sino también por aquellas doctrinas que se han creado, por lo cual en la efeméride en la que nos encontramos por la conmemoración de las dos primeras décadas de la Constitución, reviste de especial interés analizar las formas que ha encontrado la Corte para responder ante una situación caracterizada, de un lado, por una

11 Por lo cual se han denominado constituciones “aspiracionales”. Cfr.: Mauricio García Villegas, “El derecho como esperanza: constitucionalismo y cambio social en América Latina, con algunas ilustraciones a partir de Colombia”, en: César Rodríguez – Mauricio García Villegas – Rodrigo Uprimny, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.

12 Jon Elster ha señalado no obstante que la Constitución colombiana “tiene requisitos relativamente débiles para pasar una enmienda constitucional: esta se hace por mayoría simple en cada Cámara. En la mayoría de países se necesita una supermayoría, por lo general de dos tercios de los congresistas, que se establece en aras de ponerle controles legítimos a la voluntad de la mayoría popular”. *Semana.com*, junio 23 de 2009 (4-6-09).

13 La superioridad normativa de la Constitución respecto de las leyes también se incluyó en tal reforma (Acto Legislativo No. 3).

Constitución con provisiones garantistas, y de otro lado, por un contexto injusto y desigual en el cual deben aplicarse. En efecto, Colombia tiene un particularmente débil sistema de partidos que entre otros aspectos se refleja en una incapacidad de asumir tareas básicas. Dentro de sus factores sociales más elocuentes se encuentran la desigualdad, el desempleo, el subdesarrollo, las millones de personas víctimas del desplazamiento forzado por la violencia, la pobreza en la mitad de su población y la pobreza extrema en un alto grado; altos índices de criminalidad, impunidad y corrupción; y donde en general se violan los derechos humanos (por acción estatal, inacción o acción insuficiente) de forma tal que hay pocos parangones en el mundo. A pesar de mayor inversión extranjera y moderado crecimiento en la economía, hay más pobres que antes y cada día más personas tienen dificultades para satisfacer sus necesidades básicas mínimas. Se ha agudizado la brecha de la separación social pues cada vez hay más pobres, mientras que un pequeño grupo se beneficia de los modestos grados de progreso. Según cifras oficiales, Colombia es el cuarto país más desigual del mundo tratándose de distribución del ingreso¹⁴. En términos comparados eso significa que de cerca de 200 países que hay en el mundo, sólo estamos mejor que 3. Pareciera muchas veces que los déficits en la realización de derechos no son una realidad sino una estadística.

Una de las principales doctrinas judiciales que se han implementado para tender a reducir la disociación entre el derecho y la realidad, es el estado de cosas inconstitucional. La Corte estructuró dicha doctrina para juzgar, no un acto del Estado o de alguno de sus órganos, sino para juzgar una realidad. Dicha doctrina parte de confrontar la realidad con un juicio normativo y concluye si está ante situaciones que no son compatibles con la Constitución. La Corte pretende contribuir a que se transforme la realidad más allá del caso concreto, para que el contexto en el cual está inserto el caso se acerque cada vez más a los postulados constitucionales.

Algunas de estas características políticas y sociales que aquejan a Colombia, legitiman la intervención de la Corte Constitucional en el proceso de formación de las políticas públicas. Contrario a lo que muchos críticos afirman, al menos respecto de uno de los casos más contenciosos como el estado de cosas inconstitucional declarado a las víctimas del delito de desplazamiento forzado, este Tribunal no diseña como tal la política pública¹⁵ sino que se articula con el Gobierno y el Congreso, pero sobre todo con el Gobierno, en dicho proceso en dos formas básicamente: al

14 Gini de 0,58. Un país es más desigual mientras más se acerque a 1. En 2005 se registraba un índice de 0,55.

15 Pierre Muller, *Las políticas públicas*, Bogotá: Universidad Externado, 3ra ed., 2010, cap. 2. En este punto es interesante el concepto “referencial” en el análisis de la acción pública, sobre el cual puede consultarse, *Ibidem*, pp. 118 a 122; y VV.AA. *Diccionario de políticas públicas*, Bogotá: Universidad Externado, 2009, pp. 383 a 389.

inicio señalando un evento como cuestión que debe merecer la atención estatal, y al final revisando en la etapa de evaluación los resultados de la implementación de la política diseñada por el respectivo organismo gubernamental. Esta precisión marca una diferencia en el debate porque, de un lado, permite reconocer que en virtud al principio de colaboración armónica entre las ramas del poder público para la consecución de los fines del Estado, la Corte puede y debe intervenir en la toma de decisiones que contribuyan a que en Colombia, en tanto democracia constitucional en formación, todos sean beneficiarios del progreso, porque en sociedades inequitativas o no-bien ordenadas los derechos sociales deben ampararse porque son precondiciones para el goce de los derechos de libertad.

Necesidad de intervención judicial en la protección de los derechos constitucionales

La disociación que vivimos entre un *law in books* garantista, incluyente e igualitario, y un *law in action* que rige en uno de los países más desiguales de la región más desigual del mundo y con masivas violaciones a los derechos humanos, suscitó desde las mismas comisiones de la Asamblea Nacional Constituyente una serie de debates de diverso tipo (no sólo jurídicos sino también económicos, políticos y sociológicos) que se extienden hasta la actualidad, sobre la imposibilidad material de cumplir las promesas que, en forma de derechos y principios, se consagran en la Constitución. En junio de 1993 el entonces presidente César Gaviria impartió un discurso, que tituló “nuevo derecho”, del cual se destaca la necesidad de realización de las expectativas y necesidades de la comunidad acercando el derecho a la realidad. La Corte Constitucional siguiendo sus antecedentes jurisprudenciales y el fundamento teórico que ha usado en su respaldo, ha creado instituciones judiciales para delimitar competencialmente su rol al interior de nuestra democracia constitucional y para dotar de solidez y racionalidad su práctica argumentativa.

Respecto de los derechos fundamentales, Alexy ha enfatizado en su irradiación al ordenamiento jurídico y en sus efectos hacia terceros como las tesis que superan los problemas propios del derecho constitucional y se relacionan directamente con el derecho civil, penal y con la relación entre los poderes legislativo y judicial. Tras la legislación y la jurisdicción constitucional se encuentra la tensión entre los derechos fundamentales y la democracia¹⁶. Las respuestas que se otorguen a las cuestiones que surgen desde la dogmática de los derechos fundamentales, tienen

16 Robert Alexy, *La construcción de los derechos fundamentales*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2010.

consecuencias para la estructura del sistema jurídico en su totalidad¹⁷. Esto se puede ilustrar desde el rol desempeñado por la Corte con las órdenes complejas que emite en sentencias y autos de cumplimiento que se dirigen hacia diversas autoridades públicas, como seguimiento permanente según las circunstancias de una situación de manifiesta inconstitucionalidad que se prolonga en el tiempo¹⁸.

En este ensayo se analiza el estado de cosas inconstitucional como creación doctrinaria en virtud de la cual se han desplegado, de forma inédita en la historia de nuestra democracia constitucional, las posibilidades de reforma y cambio sociales en contextos determinados la desigualdad y el déficit en la protección de derechos. Si bien es necesario que los derechos estén amparados por provisiones que reconozcan su garantía, porque se conoce el caso de Chile y Estados Unidos donde por falta de inclusión normativa la protección de los derechos sociales ha sido más compleja y ha estado más sometida a la voluntad del legislativo, la protección del catálogo de derechos que existen en las constituciones recién promulgadas en la región, requiere otros presupuestos adicionales a su positivización. Además de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y la libertad de expresión, la demanda por la protección de derechos en las distintas declaratorias de estados de cosas inconstitucionales comporta sobre todo derechos sociales (educación, salud, alimentación mínima, vivienda digna y trabajo).

Los derechos sociales que se han protegido a numerosas personas mediante diversos tipos de instituciones judiciales y doctrinas jurisprudenciales, son precondiciones para el ejercicio de los derechos de libertad. La persona desfavorecida valora que haya derechos efectivos en los que se le proteja de la esclavitud o en los que se le garanticen las libertades de expresión, culto, enseñanza y circulación, por ejemplo. Pero, como señala Alexy, para esa misma persona tendrán más importancia los derechos que le permitan superar su situación existencial deficitaria, para la cual las libertades jurídicas no le sirven para nada, son en este contexto “fórmulas vacías”¹⁹. La función de las autoridades públicas respecto de la realización de los derechos, no sólo consiste en la garantía de esferas libres de interferencia ajena a los ciudadanos, sino también en asegurar condiciones materiales mínimas de existencia, de lo cual emana la realización estatal progresiva de los derechos sociales²⁰.

17 Sobre este punto resulta relevante analizar la problemática de la dogmática de los márgenes de acción. Véase, Robert Alexy, “Derecho constitucional y derecho ordinario—jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria”, en: *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado, 2003.

18 T-881 de 2006 (M.P.: Humberto Sierra Porto).

19 Robert Alexy, *Teoría de los derechos fundamentales*, Op. cit., pp. 488 y ss.

20 C-251 de 1997 (M.P.: Alejandro Martínez).

La importancia de proteger los derechos sociales radica en que procuran crear las condiciones materiales necesarias para lograr una mínima igualdad, que es esencial para el ejercicio efectivo de la libertad, es decir, son un presupuesto para el ejercicio de los derechos de libertad para la población en situación de déficit en la protección de sus derechos²¹. Bobbio argumentó a favor de la necesidad de incluir los derechos sociales en la agenda política porque constituyen el supuesto de un efectivo ejercicio de los derechos de libertad. Sólo si existieran las libertades negativas todos serían igualmente libres pero no todos tendrían igual poder, por lo cual es necesario que se reconozcan los derechos sociales que sitúan a las personas en condición de tener el poder de hacer aquello que son libres de hacer. El reconocimiento de estos derechos requiere la intervención directa del Estado hasta tal punto que también se denominan derechos de prestación, precisamente porque requieren que el Estado intervenga mediante prestaciones adecuadas²².

En la sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, la Corte sostuvo que “En un Estado Social de Derecho las autoridades tienen la obligación de corregir las desigualdades sociales, facilitar la participación de los sectores débiles y vulnerables, y estimular un mejoramiento progresivo de las condiciones materiales de existencia de los sectores más deprimidos de la población”. Si bien reconoce que esto debe hacerse a partir de medidas legislativas considerando que está sujeto a las apropiaciones presupuestales, ello no justifica que sea aplazado indefinidamente hasta cuando el Congreso le preste atención al problema. La Corte Constitucional se había referido en distintas ocasiones a la gravedad de la situación de protección de derechos de numerosas comunidades de personas.

La transformación en la idea de constitución formal por constitución material es uno de los aspectos cardinales en la recepción del neoconstitucionalismo²³. La necesidad de implementar y elevar a rango constitucional los principios que comportan las provisiones constitucionales, condujo a la transformación de un modelo de Estado

21 Cass Sunstein – Stephen Holmes, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton, 2000. Versión castellana de reciente aparición por la editorial Siglo XXI, Buenos Aires. Victor Abramovich – Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.

22 Norberto Bobbio (ed.) *Teoría general de la política*, Madrid, Trotta, 2003, p. 541.

23 Ha sido complejo el debate en torno a las nuevas doctrinas sobre el constitucionalismo y su influjo en contextos como el colombiano. A juicio de sus críticos se trata de una corriente u orientación doctrinal de perfiles difusos. También se han enderezado objeciones acerca de la manera en la cual se han receptado instituciones jurídicas y tesis doctrinarias en contextos distintos a los de su surgimiento. Sin embargo un crítico como García Amado sostuvo que, si bien los perfiles del movimiento no son del todo diáfanos, “esto no impide que entre los propios defensores y cultivadores de esos planteamientos se pueda hablar ya de un canon neoconstitucional”. Prólogo –citado de la versión facilitada por su autor– al libro *Derecho constitucional, neoconstitucionalismo y argumentación jurídica*, de Jorge Zavala.

con un complejo sistema político-administrativo. En Europa a principios del siglo pasado se dejó atrás el modelo de Estado liberal para darle cabida al Estado de bienestar en respuesta a las demandas de movimientos sociales, y con el antecedente del nacimiento de la seguridad social en la Alemania de Bismarck, con las leyes de seguro de enfermedad (1883), seguro contra accidentes de trabajo (1884) y seguro contra la invalidez y la vejez (1889); la evolución constitucional de Weimar en Alemania y del *New Deal* de Roosevelt en los Estados Unidos. En Colombia las necesidades sociales y las transformaciones globales tornaron imperativo el cambio del Estado de Derecho hacia un Estado Social, o Constitucional, de derecho que procura no sólo determinar reglas amplias de competencia sino sustentar la garantía a los derechos que se les deben asegurar a los ciudadanos²⁴.

Además de imponer límites al legislador respecto de los mecanismos para legislar y para tramitar sus propias reformas (actos legislativos), las constituciones contemporáneas amplían las exigencias a todos los poderes públicos. La vinculación constitucional de los poderes públicos a los derechos fundamentales, torna cardinal en nuestra democracia la función de la institución a la que se le encargó el resguardo del texto fundamental de los intentos por suplantarlo o recortarlo en sus garantías normativas. Gracias a la Corte Constitucional los derechos ya no están necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio.

Al reconocer la situación de vulnerabilidad de la población concreta y el hecho de que las instituciones no están promoviendo medidas de política para remediar tales situaciones que comportan diversas violaciones de derechos, la Corte fundamenta el hecho de intervenir en la lógica política del ejecutivo en materia de programación y ejecución del gasto público, al señalar una urgencia imperativa de atender determinado grupo a partir de las situaciones que se presentan en la violación de sus derechos de manera directa como el caso del desplazamiento o estableciendo medidas y plazos para que las instituciones obligadas cumplan con sus obligaciones constitucionales y legales, como en el caso de las prisiones ya que se violan más derechos humanos en las cárceles colombianas que en prisiones iraquíes de *Abu Ghraib*.

La doctrina jurisprudencial del “Estado de cosas inconstitucional”

La doctrina de creación jurisprudencial del estado de cosas inconstitucional surgió como respuesta judicial a la necesidad de reducir, en casos determinados, la dramática

24 En este sentido resulta ineludible la referencia a la sentencia T-406 de 1992 (M.P.: Ciro Angarita).

separación que existe entre las consagraciones de la normatividad y la realidad social de un país tan particularmente garantista en sus normas como desigual en su realidad. Se denominó originalmente “Estado de cosas contrario a la Constitución Política” (SU-559 de 1997).

La paradoja de ser un país desigual pero con una amplia consagración de derechos sociales, que procuran crear las condiciones de igualdad material mínima para que las personas puedan disfrutar de los derechos de libertad, ha sido suficientemente señalada por la doctrina e incluso criticada por algún sector de ella. La declaratoria de estados de cosas inconstitucionales ha comportado esencialmente la necesidad de proteger los derechos constitucionales (fundamentales y, particularmente en el caso del desplazamiento, sociales) de una comunidad numerosa de personas que, por tiempo extendido, han sufrido una violación sistemática de los mismos y sin atención significativa cuando se realizaron las solicitudes por las vías ordinarias establecidas.

Determinar el inicio y la superación de la declaratoria corresponde a la Corte Constitucional, la cual asimismo ha precisado las ocasiones en las que se presenta. Dos condiciones son esenciales para declararlo en un caso concreto: violación de derechos fundamentales que es, a la vez, sistemática y afecta a muchas personas que podrían por tanto recurrir a la tutela para solicitar que se les protejan sus derechos (lo cual generaría una congestión en los despachos judiciales), y desprotección no sólo es atribuible a la acción, o más bien a la inacción o acción insuficiente, de la autoridad demandada sino que comporta factores estructurales²⁵.

Las causas por las cuales se presenta están relacionadas con problemas estructurales en las políticas públicas que consisten en acciones u omisiones estatales en el diseño, implementación y seguimiento de las mismas, como consecuencia de lo cual sistemática y prolongadamente se han omitido diversos tipos de garantías o se han vulnerado de manera directa y generalizada los derechos fundamentales de un número plural de personas que hacen parte de poblaciones desfavorecidas y vulnerables.

Además del deber que tiene la Corte Constitucional de colaborar armónicamente con los órganos del Estado, otro criterio constituye la genealogía del concepto, a saber, la efectividad de la tutela como mecanismo procesal idóneo para la protección de derechos fundamentales vulnerados. Cuando la Corte observa una violación masiva y progresiva de derechos de un grupo determinado, se enfrenta al hecho de que

25 Estas condiciones se han cumplido hasta la posterior sofisticación de la doctrina en la sentencia que declaró el estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento, por ejemplo en la SU-090 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes Muñoz) (omisión en pago de pensiones en el Chocó).

miles de tutelas podrán ser presentadas por parte de otros afectados que solicitan la protección de los mismos derechos ante una situación similar de violación, lo cual claramente congestionaría los juzgados y tribunales. La Corte articuló ambas cuestiones al justificar dicha colaboración entre los órganos del Estado cuando el remedio administrativo oportuno puede evitar, en efecto, la excesiva utilización de la tutela por las miles de personas que se harían merecedoras de la misma protección constitucional.

En el contexto de las novedosas cuestiones sobre las cuales se ha ocupado la Corte, el tratamiento a la población desplazada y en general la protección de los derechos de las víctimas del conflicto armado, ocupan un lugar destacado. El desplazamiento interno en Colombia por causas relacionadas con el conflicto armado que se vive, inició en la década de 1980. En 2004 la (macro) sentencia T-025 encontró, luego de haber proferido otros fallos de tutela para amparar a personas determinadas en sus derechos, que el problema de violación de derechos constitucionales de los desplazados por la violencia era particularmente grave por el número de afectados, el tiempo que llevaban padeciendo la desprotección y el hecho de que las causas reposaban en factores estructurales.

La Corte ha justificado su progresismo en este caso caracterizando la violación sistemática, masiva y prolongada de derechos fundamentales a una población numerosa de personas, como un problema de humanidad que debe ser afrontado solidariamente por todas las personas, empezando como es lógico por los funcionarios del Estado²⁶; un verdadero estado de emergencia social, una tragedia nacional que afecta los destinos de innumerables colombianos y que marcará el futuro del país durante las próximas décadas y un serio peligro para la sociedad política colombiana. Constatar la ocurrencia de un estado de cosas inconstitucional implica reconocer el fracaso del constitucionalismo y sus valores fundacionales, pues ocasiona una tensión entre la organización política y la prolífica declaración de derechos constitucionales, respecto de la cotidiana exclusión de ese acuerdo de millones de personas²⁷.

26 T-227 de 1997 (M.P.: Alejandro Martínez). La Corte tuteló los derechos de un grupo de desplazados que luego de invadir las instalaciones del Incora firman un acuerdo con el gobierno para ser reubicados en un predio, pero mientras se lograba la ejecución del acuerdo la gobernadora de Cundinamarca los acusó de estar vinculados a la guerrilla y ordenó a los alcaldes del departamento evitar problemas de orden público, incluida la limitación a la circulación de los campesinos desplazados, lo cual frustró el proceso de reubicación de los campesinos de dicho grupo. Esta sentencia siguió la advertencia de Francis Deng, representante del Secretario General en las Naciones Unidas, en virtud de la cual “La negativa a recibir a los desplazados puede tener graves consecuencias para los derechos humanos”.

27 SU-1150 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes). T-215 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba).

Se mencionó que el estado de cosas inconstitucional constituye una doctrina que se creó localmente para responder a las particularidades de un contexto social desigual y profundamente violatorio de derechos, pero con numerosas cláusulas constitucionales de realización progresiva. Precisamente por ello tuvo una fase de creación y luego otra de profundización y evolución. No se trata sin embargo de una doctrina acabada, pues por ejemplo subsiste el cuestionamiento por las condiciones de declaratoria de su superación o levantamiento en casos concretos²⁸. La terminación del estado de cosas inconstitucional no está regulada normativamente.

Subsiste una indefinición doctrinaria de doble vía: hay casos en los que si bien se ha proferido la declaratoria, pareciera que no se cumple, con una falla estructural en la protección de un derecho, o en todo caso no se corresponde con las condiciones establecidas para la declaratoria en casos como presos y desplazados; hay otros casos en los cuales se constata una violación masiva y reiterada de derechos que afecta a un número plural de personas, pero no se declara un estado de cosas inconstitucional, aunque incluso se realizan preocupantes diagnósticos sobre el desamparo de derechos. Ejemplo de lo primero es la declaratoria en el caso de la falta de concurso público para el nombramiento de notarios en propiedad; ejemplo de lo segundo es la consagración iusfundamental de la salud en la (macro) sentencia T-760 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda) la cual profirió órdenes generales típicas de la doctrina del estado de cosas inconstitucional.

La Corte ha declarado un estado de cosas inconstitucional en los siguientes asuntos²⁹: (1) omisión en la inclusión de docentes cotizantes al fondo prestacional del magisterio, (2) violación de derechos de sindicatos y reclusos (salud, seguridad social y por hacimiento), (3) falta de protección a la vida de los defensores de derechos humanos, (4) ineficiencia administrativa en la Caja Nacional de Previsión (Cajanal) para el trámite de pensiones de jubilación y mora reiterada en resolver derechos de petición, (5) dilación injustificada en la liquidación y pago de pensiones (Gobernación de Bolívar

28 Respecto del desplazamiento, Rodolfo Arango ha planteado tres preguntas que deben abordarse antes de explorar la cuestión de la superación: ¿Cuándo se pierde la condición de desplazado?, ¿cuáles son los criterios para superar un ECI? y ¿en qué relación están la satisfacción del mínimo vital y el goce efectivo de los derechos fundamentales con la superación de del ECI de la población desplazada? Rodolfo Arango, Superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado. Documento presentado ante la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, Bogotá, 2008. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.

29 En sentencia de constitucionalidad número 288 de 2010 (M.P.: Luis Ernesto Vargas), que declaró la inexecutable del Decreto Legislativo 128 de 2010 “Por medio del cual se regulan las prestaciones excepcionales en salud y se dictan otras disposiciones”, cita la Corte una intervención ciudadana en la cual se hace referencia a una declaratoria “tácita” de estado de cosas inconstitucional en materia del derecho a la salud, a partir de la sentencia T-760 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda).

T-525 de 1999 y Gobernación de Chocó SU-090 de 2000), (6) desplazamiento y (7) omisión de convocatoria a concurso público para la carrera notarial.

Interesa a efectos de este trabajo analizar la génesis de la doctrina y su máximo estado de desarrollo y depuración. Para tal fin se sintetizarán los aspectos esenciales de los momentos de creación y desarrollo. Si bien se enfocará la figura en general se hará énfasis en el caso del desplazamiento porque dicho tema continuará abierto hasta que la Corte se pronuncie sobre su superación o no en sentencia de unificación que se expedirá próximamente. Se trata de una sentencia particularmente importante porque no sólo definirá las directrices para la reparación a las víctimas del desplazamiento, sino en general a todas las víctimas del conflicto armado colombiano, por lo que quizá se podrá tomar como modelo para la reparación a las víctimas. En ese sentido se trata de una sentencia particularmente significativa para la doctrina, de la cual será ponente el magistrado Luis Ernesto Vargas.

El número creciente de tutelas que interponen los desplazados en muchas regiones del país, comprueba que las causas violatorias de los derechos se siguen presentando, de lo cual se deriva que ha habido una inacción o una acción insuficiente por parte de las autoridades públicas en el cumplimiento de sus obligaciones. Debido a que ninguno de los estados inconstitucionales se ha superado, la Corte ha reafirmado posteriormente las líneas jurisprudenciales que se originaron en las respectivas declaratorias, bien usando las argumentaciones que las fundamentaron para amparar en sede de tutela derechos cuya protección se negó en primera instancia, o bien enfatizando las órdenes que se impartieron originalmente.

Desplazamiento forzado

La Corte se ha ocupado del fenómeno del desplazamiento desde el control abstracto de constitucionalidad por las demandas contra la norma que enmarca jurídicamente la implementación de la política pública de protección a dicha población³⁰, así como por vía del control concreto, pues han sido miles las tutelas promovidas en procura de la defensa y protección inmediata de derechos³¹. La (macro)sentencia T-025 de 2004 acumuló 109 expedientes de acciones de tutela interpuestas por 1150 núcleos familiares, pertenecientes a población desplazada. Los demandados fueron la Red de

30 Ley 387 de 1997. “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”.

31 T-038 de 2009 (M.P.: Rodrigo Escobar).

Solidaridad Social, el Departamento Administrativo de la Presidencia, el INURBE, el INCORA, el SENA y los ministerios de Hacienda, Protección Social, Agricultura y Educación. La Corte sintetizó, en razón de las tutelas recogidas y sus autoprecedentes en la materia, los derechos constitucionales afectados por el desplazamiento: vida en condiciones dignas³²; los derechos de los grupos especialmente protegidos (niños, mujeres cabeza de familia, discapacitados y ancianos)³³; escoger lugar de domicilio³⁴; libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión y asociación³⁵; derechos sociales (educación³⁶, salud³⁷ y trabajo³⁸)³⁹; derecho a la unidad familiar⁴⁰ y a la protección integral de la familia⁴¹; integridad personal⁴² y seguridad personal⁴³; libertad de circulación⁴⁴ y derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir⁴⁵; alimentación mínima; vivienda digna⁴⁶; el derecho a la paz; igualdad⁴⁷.

El problema del desplazamiento en sede de análisis de constitucionalidad se ha enfocado, por parte de alguna literatura, desde una perspectiva reduccionista según la cual la Corte apenas inició en 2004 con la famosa sentencia T-024 la atención a los problemas de violación a derechos fundamentales que se derivan de la situación de desplazamiento. La atención de la Corte a este problema comienza incluso con antelación al establecimiento inicial de la política pública con la ley 387 de 1997. La Corte había proferido una sentencia de tutela (T-227 de 1997) en la cual empezó a introducir elementos que con el tiempo configurarían la política pública sobre desplazamiento. Un componente que

32 SU-1150 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes). T-1635 de 2000 (M.P.: José Gregorio Hernández). T-327 de 2001 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-1346 de 2001 (M.P.: Rodrigo Escobar).

33 T-215 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba). T-419 de 2003 (M.P.: Alfredo Beltrán).

34 T-227 de 1997 (M.P.: Alejandro Martínez).

35 Debido a la afectación que sufren los desplazados en la materialización de sus proyectos de vida. SU-1150 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes).

36 T-215 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba).

37 T-645 de 2003 (M.P.: Alfredo Beltrán).

38 T-669 de 2003 (M.P.: Marco Gerardo Monroy).

39 T-098 de 2002 (M.P.: Marco Gerardo Monroy).

40 SU-1150 de 2000 (M.P.: Eduardo Cifuentes).

41 T-1635 de 2000 (M.P.: José Gregorio Hernández).

42 T-1635 de 2000 (M.P.: José Gregorio Hernández). T-327 de 2001, T-1346 de 2001 y T-327 de 2001.

43 T-258 de 2001 (M.P.: Eduardo Montealegre) y T-795 de 2003 (M.P.: Clara Inés Vargas).

44 T-268 de 2003 (M.P.: Marco Gerardo Monroy) (derechos de los desplazados internos, especialmente mujeres y niños; derechos sociales – alimentación, salud, educación).

45 T-227 de 1997 (M.P.: Alejandro Martínez).

46 T-602 de 2003 (M.P.: Jaime Araujo).

47 T-268 de 2003 (M.P.: Marco Gerardo Monroy).

denominó “pedagogía constitucional” fue destacado como elemento omitido por la política que no podía ser eludido por el poder judicial.

Con antelación a la declaratoria se habían resuelto numerosas tutelas concediendo derechos cuya garantía se solicitaba en casos concretos: libertad de locomoción (un fallo); vivienda, derecho a escoger su lugar de domicilio y derecho al libre desarrollo de la personalidad (dos fallos); trabajo, garantía a la ayuda humanitaria de emergencia, protección contra actos discriminatorios, protección de los derechos de los niños y derecho de petición de solicitud de acceso a alguno de los programas de atención (tres fallos); vida e integridad personal, mínimo vital (cinco fallos); garantía de acceso efectivo a los servicios de salud (seis fallos); evitar que la exigencia del registro como desplazado impida el acceso a los programas de ayuda (siete fallos) y educación (nueve fallos).

Desde 1997 la Corte ha proferido alrededor de 280 sentencias hasta 2009, su mayoría fueron de tutela y pocas de constitucionalidad⁴⁸. Sólo 8 han modificado aspectos

48 T-215 de 2002 (M.P.: Jaime Córdoba) y T-885 de 2009 (M.P.: Juan Carlos Henao) Las principales sentencias en las cuales se han tomado decisiones e impartido órdenes en desarrollo de la declaratoria con la T-025 de 2004, son además de las referidas atrás: T-419 de 2004 (M.P.: Alfredo Beltrán), T-770 de 2004 (M.P.: Jaime Córdoba), T-813 de 2004 (M.P.(e): Rodrigo Uprimny), T-1094 de 2004 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-175 de 2005 (M.P.: Jaime Araújo), T-254 de 2005 (M.P.: Jaime Araújo), T-882 de 2005. M.P.: Álvaro Tafur y T-1076 de 2005. M.P.: Jaime Córdoba (función del registro único de población desplazada y derechos derivados de la condición de desplazado que debe garantizar el Estado), T-1144 de 2005. M.P.: Álvaro Tafur (dificultad en la prueba de la condición de desplazado, principio de buena fe en la declaración, indicios como elemento probatorio y primacía de la condición social respecto de declaraciones contradictorias del desplazado), T-284 de 2005 (M.P.: Alfredo Beltrán), T-312 de 2005 (M.P.: Jaime Córdoba), T-563 de 2005 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-086 de 2006 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-138 de 2006 (M.P.: Marco Gerardo Monroy) (amparo de salud), T-468 de 2006 (M.P.: Humberto Sierra) (derecho sustancial prevalece sobre el procedimental en casos de sujetos de especial protección constitucional tratándose de inscripción en el registro nacional de desplazados), T-585 de 2006 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-695 de 2006 (M.P.: Jaime Araújo), T-839 de 2006 (M.P.: Álvaro Tafur), T-919 de 2006 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-188 de 2007 (M.P.: Álvaro Tafur), T-136 de 2007 (M.P.: Jaime Córdoba), T-191 de 2007 (M.P.: Álvaro Tafur), T-273 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla) (procedencia de la agencia oficiosa en tutela), T-328 de 2007 (M.P.: Jaime Córdoba), T-334 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla) y T-490 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla) (derecho de petición), T-496 de 2007 (M.P.: Jaime Córdoba), T-559 de 2007 (M.P.: Jaime Araújo), T-611 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla), T-612 de 2007 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-630 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla), T-688 2007 (M.P.: Nilson Pinilla), T-705 de 2007 (M.P.: Jaime Córdoba), T-704A de 2007 (M.P.: Jaime Araújo), T-771 de 2007 (M.P.: Humberto Sierra Porto), T-966 de 2007 (M.P.: Clara Inés Vargas), C-278 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla), T-057 de 2008 (M.P.: Jaime Córdoba), T-156 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-216A de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-268 de 2008 (M.P.: Jaime Araújo), T-285 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla) (eliminación del término para atención humanitaria de emergencia), T-297 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-364 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-391 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-439 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-451 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-476 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-560 de 2008 (M.P.: Jaime Araújo), T-506 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla), T-596 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-597 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-605 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-1034 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar) (exigencia a la Universidad de Cartagena de otorgar cupo especial a menor desplazado en amparo de los derechos de igualdad y educación), T-647 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-704 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-719 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla), T-721 de 2008 (M.P.: Nilson Pinilla), T-725 de 2008

sustanciales de la política, las cuales han partido tanto de aspectos puntuales como proferir órdenes concretas u ordenar que se expida un manual de enseñanza a los

(M.P.: Jaime Córdoba), T-787 de 2008 (M.P.: Jaime Córdoba), T-817 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), T-868 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-1095 de 2008 (M.P.: Clara Inés Vargas), C-1011 de 2008 (M.P.: Jaime Córdoba), T-1105 de 2008 (M.P.: Humberto Sierra Porto), T-1115 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-1238 de 2008 (M.P.: Marco Gerardo Monroy), T-1135 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-1259 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar) (respecto del amparo mediante tutela a personas que no están determinadas pero sí son determinables, cuyo nombre no se conoce al fallar, lo cual es una especie de excepción porque la tutela se interpone para garantizar la protección de los derechos de un sujeto concreto determinado), T-364 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar), T-1134 de 2008 (M.P.: Manuel José Cepeda), T-463 de 2010 (M.P.: Jorge Iván Palacio), T-156 de 2008 (M.P.: Rodrigo Escobar) (orden a la Agencia Presidencial para la Acción Social de inscribir en el Registro Único de Población Desplazada a peticionarios), T-458 de 2008 (M.P.: Humberto Sierra Porto) (el proceso de registro debe considerar que la definición legal de desplazado debe interpretarse sistemática y teleológicamente, y orientarse por el principio pro homine), T-006 de 2009 (M.P.: Jaime Córdoba), T-967 de 2009 (M.P.: María Victoria Calle), T-718 de 2009 (M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza), T-585 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-586 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-600 de 2009 (M.P.: Juan Carlos Henao), T-972 de 2009 (M.P.: Mauricio González), T-739 de 2009 (M.P.: María Victoria Calle), T-753 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-085 de 2009 (M.P.: Jaime Araújo), T-755 de 2009 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-742 de 2009 (M.P.: Luis Ernesto Vargas), T-344 de 2009 (M.P.: María Victoria Calle), T-038 de 2009 (M.P.: Rodrigo Escobar) (prorroga de la atención humanitaria de emergencia al núcleo familiar del actor), T-064 de 2009 (M.P.: Jaime Araújo), T-501 de 2009 (M.P.: Mauricio González), T-343 de 2009 (M.P.: María Victoria Calle), T-042 de 2009 (M.P.: Jaime Córdoba) (enfoque diferencial en la atención a las mujeres víctimas de desplazamiento), T-317 de 2009 (M.P.: Luis Ernesto Vargas) (ayuda humanitaria de emergencia como materialización del derecho fundamental a la subsistencia mínima y sobre la consecuencia de la declaratoria respecto de obligación a las autoridades nacionales de adoptar un plan de acción que permita superar dicho estado), T-454 de 2010 (M.P.: Humberto Sierra), T-514 de 2010 (M.P.: Mauricio González), T-472 de 2010 (M.P.: Jorge Iván Palacio), T-085 de 2010 (M.P.: María Victoria Calle), T-312 de 2010 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-581 de 2010 (M.P.: Jorge Iván Palacio), T-211 de 2010 (M.P.: Juan Carlos Henao), T-169 de 2010 (M.P.: Mauricio González), T-099 de 2010 (características de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional), T-068 de 2010 (M.P.: Jorge Ignacio Pretelt), T-372 de 2010. M.P.: Luis Ernesto Vargas (exigencia al Comandante del Batallón de Apoyo de Servicios para el Combate No. 18 de desincorporar como soldado bachiller al peticionario por ser desplazado, ya que en virtud de las resoluciones 2341 de 2009, 1700 de 2006 y 181 de 2005 del Ministerio de Defensa, los hombres en condición de desplazamiento obligados a definir su situación militar deben recibir como medida de protección inmediata una tarjeta militar provisional, siendo el único requisito que esté plenamente probado que se encuentre en condición de desplazamiento), T-287 de 2010 (M.P.: Gabriel Eduardo Mendoza) (si bien negó acción de tutela en la cual se solicitaba el amparo del derecho a una vivienda digna, debido a un agotamiento de recursos y a la falta de una política pública que atendiera el problema estructural de la falta de vivienda en la población desplazada, la revocó respecto de la determinación de que el subsidio al que tiene derecho la accionante debía aplicarse en el lugar de origen), T-265 de 2010 (M.P.: Juan Carlos Henao) (al analizar la situación de la población desplazada la jurisprudencia ha “desarrollado una política pública” para satisfacer necesidades básicas consistentes en proponer parámetros de política diferencial en razón a los sujetos (niños, jóvenes, madres cabeza de familia, personas de tercera edad, grupos afro, indígenas) y en razón a las necesidades por satisfacer tales como ayuda humanitaria de emergencia, criterios de reparación, servicios de salud, acceso a educación y vivienda digna). Sobre los desplazados como sujetos de especial protección constitucional debido a su condición de vulnerabilidad manifiesta, se ha reiterado en numerosa jurisprudencia, por ejemplo, T-790 de 2003, T-740 de 2004. M.P.: Jaime Córdoba (solicitud ante la Red de Solidaridad Social, el Inurbe, Fonvivienda y el ICBF de proteger derechos fundamentales como vida, salud, mínimo vital y vivienda por causas como la negativa a registrar nuevos desplazados, no suministrar ayuda humanitaria requerida (servicios de salud y subsidio de vivienda, así como el otorgamiento de créditos productivos), o no continuar con el suministro de dicha ayuda).

desplazados para que sepan cuáles derechos tienen, hasta aspectos muy generales donde se modifica la definición del problema público de desplazamiento incluyendo nuevos componentes.

En concreto, la T-025 de 2004 definió tres problemas jurídicos relacionados fundamentalmente con la procedencia de la tutela para examinar acciones y omisiones de las autoridades públicas respecto de la atención integral a la población desplazada, con los contenidos y alcances de la política pública de atención a dicha población y la eventual vulneración de derechos fundamentales a partir de ello, así como con las reglas de procedibilidad de la tutela para casos en los que la violación de los derechos fundamentales es consecuencia de la política pública, así como con la presunta vulneración de derechos porque se supedita su efectividad a la existencia de recursos que no han sido apropiados por el Estado.

Si bien la declaratoria no está regulada normativamente, la regla que se extrae de los análisis de la Corte Constitucional presenta la versión más sofisticada de la doctrina. La situación de la población desplazada constituye un estado de cosas inconstitucional porque se le vulneran los derechos fundamentales a la vida digna, integridad personal, igualdad, petición, trabajo, salud, seguridad social, educación, mínimo vital y protección especial a las personas de la tercera edad, mujer cabeza de familia y niños, de forma masiva, prolongada y reiterada, como consecuencia de problemas estructurales en la política de atención. De esta forma, el Estado por sus acciones y omisiones en el diseño, implementación y seguimiento de la política pública ha contribuido de forma significativa a la violación de los derechos fundamentales de la población desplazada.

La ayuda humanitaria de emergencia que se otorga a la población desplazada, cuando la Corte interviene en el proceso de formación de las políticas públicas señalando que un asunto determinado es un problema público que debe merecer la atención del Estado, debe garantizar el mínimo de protección de los derechos fundamentales, lo que implica: la protección de los derechos contra amenazas, y la satisfacción del mínimo prestacional necesario para la satisfacción de los derechos. El desplazamiento forzado conlleva un desconocimiento grave, sistemático y masivo de derechos fundamentales⁴⁹ que implica la configuración de una especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en quienes lo padecen.

En 2003 la Corte dijo que el problema de desplazamiento además de ser una política de ayuda, de dar beneficios, a los desplazados se les debe considerar víctimas del delito de desplazamiento forzado y, por ser víctimas, tienen otros derechos que no

49 C-278 de 2007 (M.P.: Nilson Pinilla).

consideraba la política pública como tal, es decir, verdad, justicia y reparación. Así se han variado los niveles de intervención de la Corte tratándose de las líneas generales de la política pública estatal. Es particular el uso de los autos de cumplimiento mediante los cuales se ha apropiado del problema y seguir la política⁵⁰. No se requiere entonces petición de parte para intervenir en los casos.

Más allá de los detalles de los autos, importa resaltar para los efectos de este texto que la Corte definió 12 componentes de la política pública y 5 enfoques diferenciales. Dentro de los primeros se encuentran atención y prevención, ayuda humanitaria de emergencia, vivienda, tierras, salud, participación, generación de ingresos, proyectos productivos, presupuesto y registro. Mujeres, niños, niñas y adolescentes, discapacitados, afro e indígenas, pero también se están trabajando dos enfoques que no están en los autos que son tercera edad y población desplazada con orientación sexual diversa.

Las órdenes necesarias para superar la vulneración masiva y continua de los derechos de la población desplazada originada en factores estructurales, están dirigidas a que se adopten decisiones que permitan superar tanto la insuficiencia de recursos, como las falencias en la capacidad institucional. Ello no implica que por vía de tutela el juez esté ordenando un gasto no presupuestado o esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está delineando una política, definiendo nuevas prioridades, o modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo.

La sentencia T-496 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba) hizo una detallada narrativa de la jurisprudencia de la Corte sobre el registro único para la población desplazada, precisando las reglas y los principios que deben regular la interpretación de las normas sobre el tema: (1) el bloque de constitucionalidad (art. 17 del Protocolo Adicional de los Convenios de Ginebra de 1949 y los principios de los Desplazamientos Internos del Informe del representante del Secretario General de las UN, (2) los principios de buena fe, favorabilidad y confianza legítima y prevalencia del derecho sustancial propio del Estado Social de Derecho.

A partir de estas normas, señaló que el proceso de registro de un desplazado debe estar guiado por las siguientes reglas: (1) informe pronto, completo y oportuno de los servidores públicos a los desplazados de sus derechos y el trámite que

50 La Corte ha proferido alrededor de 80 autos de cumplimiento a la sentencia T-025 de 2004. Dentro de los principales, se encuentran: Nos. 176, 177 y 178 de 2005; Nos. 334, 335, 336 y 337, 218, 266, 333 de 2006; Nos. 27, 58, 81, 82, 101, 102, 109, 121, 130, 131, 167, 169, 170, 171, 180, 200, 206, 207, 208, 218, 219, 233, 234, 236, 248, 249, 250, 251, 262 de 2007; Nos. 052, 054, 237, 251, 284, 117, 116, 092, 093, de 2008; y Nos. 314, 266, 225, 011, 004, 005, 008 (persistencia del estado de cosas inconstitucional) y 009 de 2009.

deben realizar para exigirlos; (2) quienes diligencian el registro sólo pueden exigir el cumplimiento de los trámites y requisitos expresamente previstos en la ley; (3) respecto de las declaraciones y pruebas, en principio deben tomarse como ciertas, los indicios se reputan como pruebas válidas y las contradicciones en la declaración no son prueba suficiente de falta a la verdad; (4) la declaración sobre los hechos constitutivos de desplazamiento debe analizarse de tal forma que se tengan en cuenta las condiciones particulares de los desplazados así como el principio de favorabilidad, y (5) debido a las particulares circunstancias en las que se encuentran las personas desplazadas, en algunos casos resulta desproporcionada la exigencia que está en la normatividad de que la declaración haya sido realizada en el término de un año.

La Corte Constitucional, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrolla la política de atención a la población desplazada, el diseño de esa política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder para asegurar que el deber de protección efectiva de los derechos de todos los residentes del territorio nacional, sea cumplido y los compromisos definidos para tal protección sean realizados con seriedad, transparencia y eficacia. Particularmente importantes son en este sentido los autos que ha expedido la Corte en cumplimiento de la sentencia, ya que constituyen un mecanismo novedoso para auditar la observancia de las órdenes impartidas. El examen de estos autos será esencial en la SU que se expedirá este año para dar respuesta a la superación o no del estado de cosas inconstitucional.

Si bien se formularon los criterios para identificar la ocurrencia de un estado de cosas inconstitucional, el desarrollo doctrinal de la idea se ha alcanzado precisamente en esta sentencia. Los factores valorados por la Corte para definir si existe un estado de cosas inconstitucional, son: (i) severa vulneración de varios derechos constitucionales que afecta a un número significativo de personas; (ii) prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (ii) adopción de prácticas inconstitucionales, como la incorporación de la tutela como parte del procedimiento para garantizar el derecho conculcado; (iii) no expedición de medidas legislativas, administrativas o presupuestales necesarias para evitar la vulneración de los derechos; (iv) como la causa de la vulneración no es imputable únicamente a la autoridad demandada sino que reposa en factores estructurales, la solución de la problemática que genera dicha vulneración compromete la intervención de varias entidades, requiere la adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones, y exige un nivel de recursos que demanda un esfuerzo presupuestal adicional; (v) se evita con la

declaratoria la congestión en los despachos judiciales porque en caso contrario muchas personas acudirían a la tutela solicitando la misma protección⁵¹.

A manera de conclusión

Una de las principales innovaciones que se introdujo en el sistema jurídico colombiano con la expedición de la Constitución de 1991, y gracias a la labor de creación y desarrollo del derecho que desde su primera jurisprudencia acometió la Corte Constitucional, es que ahora por vez primera en nuestra historia republicana el poder judicial es un poder político porque versa sobre la integridad y supremacía del texto político por excelencia: la Constitución *Política*. Ya en 1848 el constitucionalista chileno José Victorino Lastarria había escrito que, como todos los demás poderes, el poder judicial es un poder político del Estado⁵².

En nuestro contexto el poder judicial es un verdadero poder político porque el derecho aumentó el ámbito de sus competencias, en la medida en que sobre todos los poderes puede recaer el control jurisdiccional. Doctrinas aludidas atrás como el efecto de irradiación y la vinculación, no sólo de los órganos estatales sino también de los particulares, a los derechos fundamentales, han propendido por una efectiva constitucionalización del derecho⁵³. Además de la progresiva constitucionalización del derecho público y privado en Colombia, los procesos de recepción efectiva de instituciones neoconstitucionales en Colombia han tenido consecuencias interesantes en el ensanchamiento de la cultura constitucional, lo cual ha rendido a su vez efectos en la enseñanza del derecho, en el imaginario de quienes saben que la tutela amparará un derecho que les está siendo vulnerado y en algunos grados de disciplina con las prácticas del Congreso y el Gobierno debido a las subreglas en las cuales se han declarado inconstitucionales leyes o decretos por vicios de forma o de competencia.

La transición constitucional tuvo dentro de sus principales características, que hoy son vistas como verdaderos atributos por parte del constitucionalismo de la región,

51 Ya en la sentencia SU-090 de 2000 se había indicado que procede la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional si se presenta una repetida violación de derechos fundamentales de muchas personas –que pueden entonces recurrir a la acción de tutela para obtener la defensa de sus derechos y colmar así los despachos judiciales– y, si la causa de esa vulneración es imputable a otras instancias además de la demandada porque reposa en factores estructurales.

52 José Victorino Lastarria, *Elementos de derecho constitucional*, 1848. Agradezco esta referencia a Jorge Contesse.

53 Sobre los problemas de infra-constitucionalización, constitucionalización y sobre-constitucionalización, véase, Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Op. cit.

el que los derechos ya no estén necesariamente sujetos a leyes que reglamenten su ejercicio. Los derechos existían programáticamente porque sólo había un título de derechos civiles y garantías sociales y, adicionalmente, no había una acción para garantizarlos. No son además los derechos los que tienen que sujetarse a la ley, sino que la ley tiene validez en la medida que respete los derechos. La amplitud del catálogo de derechos no sólo se explica por aquellos consagrados en la Constitución, sino que con la expedición de una nueva carta en 1991 Colombia se inscribió en el movimiento internacional en virtud del cual los tratados de derechos se incorporan a las Constituciones. Una de las causas de esta modernización del sistema de derechos es que se haya establecido como razón de ser del Estado aparato la protección y garantía de los derechos. De la Constitución como límite al orden jurídico se ha evolucionado hacia la consideración del ordenamiento jurídico como un desarrollo de las exigencias constitucionales, lo cual quiere decir que además de imponer límites al legislador, las constituciones contemporáneas amplían las exigencias a todos los poderes públicos

El rol judicial no consiste, como lo pensaban la jurisprudencia conceptual en Alemania y la escuela de la exegesis en Francia, en el supuesto del ordenamiento jurídico como claro, completo e internamente coherente, sino, como se sustenta en la actualidad, en la creación del derecho, así como en la protección de la Constitución mediante su aplicación a partir de la idea de naturaleza normativa y fuerza vinculante. Además de validar o invalidar la adscripción de otras normas de inferior jerarquía como pertenecientes al sistema jurídico (superioridad), la Constitución exige la aplicación directa de las garantías, los valores y los principios que la fundamentan (integridad).

En este sentido, la Constitución se constituye en un esquema para orientar la actuación de todas las ramas del poder público, porque las normas constitucionales de carácter dogmático garantizan los derechos de los ciudadanos frente al Estado y los poderes privados, por lo que también determinan muchas veces aquello que a las normas orgánicas les está permitido hacer, así como qué es lo que deben hacer. Ello torna imperativa la actuación de la Corte en casos de masivas, reiteradas y prolongadas violaciones sistemáticas de derechos fundamentales a poblaciones plurales. Resulta por ejemplo difícilmente discutible el avance que ha representado la tutela en términos de consolidación de la democracia en Colombia.

En el punto de intersección de la justicia constitucional con las políticas públicas hay que destacar que, como toda política pública, la principal característica de la declaratoria de un estado de cosas inconstitucional, es su efectividad. Esto tiene relación con su función política y en particular con lo que se puede explicar desde el proceso de formación de las políticas públicas: identificar un asunto y justificar

que sea definido como problema que debe fijarse en la agenda. Sobre dicho proceso, y haciendo una descripción de nuestro sistema institucional, habría que decir que el diseño y la ejecución de las políticas públicas corresponde primordialmente al poder ejecutivo, incluyendo los entes territoriales (de conformidad con lo establecido por el artículo 115 constitucional), al gobierno nacional que inicia el proceso de ejecución con el plan de gobierno en la campaña (propuesta programática o como sea denominado) que, una vez en ejercicio del cargo, el gobierno básicamente lo convierte en el proyecto de la ley del plan nacional de desarrollo. Por tanto otras instituciones como las pertenecientes a la rama judicial deben formular políticas públicas. Lo que se entienda por política pública puede derivar en que hay en efecto intromisión de la Corte en dicho proceso, porque en este país en muchos contextos se considera que cualquier actuación del poder público para atender determinada cuestión social, es una política pública⁵⁴.

Es importante destacar que más que formular propuestas de política concretas, analizar las acciones puntuales idóneas tendientes a solucionar el problema detectado y ejecutar la política mediante la implementación de las medidas, la Corte respeta la competencia del ejecutivo en estos pasos de, digamos, materialización de la política. Tampoco es el compelido a diseñar la política definitiva ni, por tanto, a justificarla. La Corte se inserta en el proceso de formación de las políticas públicas, porque en efecto lo hace, al principio y al final. Primero ilumina una situación de violación de derechos que había estado oscurecida por la desidia política para impulsar al Estado aparato a que tome medidas de diseño, implementación, financiación y evaluación de las políticas. En concreto, tres etapas se pueden identificar en el rol que ha asumido la Corte respecto de la política concreta. Interviene protegiendo un derecho social en un caso concreto mediante una orden específica de garantía a ese derecho. Imparte otra orden para que se diseñe un programa de atención integral, luego como se dijo atrás de confrontar la realidad con un juicio de naturaleza constitucional. Además de impartir órdenes estructurales con remedios, establece unos plazos. En el diseño del remedio en el cual articula los dos tipos de intervenciones anteriores, agrega una serie de órdenes encaminadas a dinamizar procesos y a establecer parámetros sustantivos para evaluar los resultados de esos procesos, lo cual es acompañado con un seguimiento para evaluar si las órdenes impartidas fueron cumplidas o no, y en qué grado. La Corte no se desentiende del caso luego de impartir las órdenes, sino que exige que le rindan informes periódicos. Como la Corte es consciente de que estas órdenes tienen costo económico y pueden te-

54 Véase el diagnóstico y la crítica de Jorge Iván Cuervo, “Las políticas públicas y el marco normativo colombiano”, en: *Política Pública Hoy*. Boletín del Departamento Nacional de Planeación, Vol. 3, año 1, Bogotá, abril de 2010.

ner un impacto fiscal en casos tan complejos como el desplazamiento, no ordena que se invierta un monto específico, sino que el ejecutivo diseñe una fórmula de financiación sostenible del nuevo plan que sea diseñado. Adicionalmente, invita a la sociedad civil a participar en el análisis de los que el gobierno está haciendo de tal forma que la intervención promueve la participación⁵⁵.

Debido a la inserción de la Corte en el proceso de formación de las políticas públicas, ha tenido que ser rigurosa en la caracterización de la doctrina. Ello se observa desde la sentencia que lo declaró por vez primera, SU-559 de 1997, hasta la versión más sofisticada de la misma, en la T-024 de 1995. En virtud de las declaratorias, ha exigido de las entidades públicas competentes una acción programada y les ha solicitado con posterioridad rendición de cuentas para realizar, conjuntamente con la entidad pública respectiva, la medición y evaluación de los indicadores respecto de los efectos o resultados esperados en la implementación de las políticas, por lo cual también puede sugerir reajuste de las medidas o modificación de sus objetivos.

No obstante el –muchas veces– criticado activismo judicial y la objeción relativa al papel co-legislador de los jueces⁵⁶, a juicio de numerosos académicos, juristas

55 Entrevista de Leonardo García Jaramillo, Lucas Arrimada, et al., a Manuel José Cepeda, para el programa radial *Última Instancia*, UNAM, México D.F. [http://ultimainstancia.podomatic.com/entry/2011-10-23T17_45_19-07_00\(X-15-11\)](http://ultimainstancia.podomatic.com/entry/2011-10-23T17_45_19-07_00(X-15-11)), disponible también en los blogs de Roberto Gargarella (<http://seminario-gargarella.blogspot.com/2011/10/entrevista-cepeda.html>) y Gonzalo Ramírez Cleves (<http://iureamicorum.blogspot.com/2011/10/manuel-jose-cepeda-entrevista-sobre-la.html>).

56 El debate en Colombia es amplio y complejo, pues ha vinculado diversos enfoques críticos, descriptivos y apoloéticos. Más o menos se caracteriza por las posturas presentadas y los argumentos sustentados en obras: Sandra Morelli, *La Corte Constitucional: ¿Un legislador Complementario?* Bogotá: Universidad Externado, 1997; *La Corte Constitucional: un papel institucional por definir*. Bogotá: Academia Colombiana de Jurisprudencia, 2001. Alberto Carrasquilla, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, en: *Revista de Derecho Público*, No. 12, Universidad de los Andes, 2001. Sergio Clavijo, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega – Cambio, 2001. Salomón Kalmanovitz, *Las instituciones colombianas en el siglo XX*. Bogotá: Alfaomega – Cambio, 2001. Alberto Alesina, *Reformas institucionales en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo, 2001. Mauricio García – César Rodríguez – Rodrigo Uprimny, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Op. cit. Boaventura de Sousa Santos – Mauricio García (eds.) *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Bogotá, Siglo del Hombre, et al., 2001. Un buen ejemplo en la discusión se suscitó por la sentencia que declaró inconstitucional el sistema UPAC y ordenó que fuera reemplazado por otro, pero adicionalmente indicó los parámetros que debían seguirse (C-700 de 1999. M.P.: José Gregorio Hernández). El asunto materia de discusión tiene que ver en parte fundamental con la “competencia” de la Corte, no sólo en su acepción de atribución legítima para la resolución de un asunto, es decir la competencia funcional, sino incluso respecto de su idoneidad para intervenir en asuntos económicos. De un lado se objeta la jurisprudencia de la Corte, y se oyen manidas amenazas a la reducción legislativa de sus competencias funcionales, porque no tiene la potestad constitucional ni legal de proferir sentencias con contenido económico o que impliquen erogaciones presupuestales para el gobierno; de otro, se critica la falta de conocimiento de los magistrados en materias como hacienda pública, presupuesto y, en general, economía. Sobre esta cuestión, pero sustentando puntos de vista distintos, cfr.: Rodrigo Uprimny, “Legitimidad y conveniencia del control constitucional a la economía”, en: *Revista de*

y columnistas que se manifiestan sobre el tema, es adecuada la atribución de competencias a la Corte Constitucional en materia de realización del proyecto de Estado social de derecho y, sobre todo, apropiada según el diseño institucional que se adoptó en 1991.

Respecto de las políticas públicas han adquirido singular relevancia las comisiones de regulación y el rol que han desempeñado en el desarrollo de las provisiones constitucionales. La discusión relevante en Colombia se dirige más bien, tratándose de las competencias, hacia una presunta intromisión en las funciones del legislativo, y particularmente del ejecutivo, porque la Corte termina formulando políticas públicas en algunas de sus sentencias con lo cual destruye el ámbito funcional y presuntamente altera el equilibrio de poderes en la medida en que la rama del poder público que es precisamente la única a la que no se le atribuye la competencia de formular políticas públicas es la que en la práctica lo hace impartiendo órdenes, exigiendo reportes acerca del cumplimiento, etc. La importancia de contar con una definición de política pública que diferencie entre las acciones del gobierno comúnmente referida como política pública, de otras acciones de gobierno, así como de las acciones de los organismos del Estado y los poderes públicos, se expresa en asuntos como este.

En tanto cálculo anticipado de ingresos y gastos en los que se incurrirá en el desarrollo de una medida de política pública, el presupuesto es apropiado por la autoridad gubernamental que en nuestro sistema tiene competencia funcional para ello, en la medida en que también es esencial la determinación del período en el cálculo presupuestal. El artículo 208 constitucional, que integra precisamente el capítulo sobre los ministros y directores de los departamentos administrativos, preceptúa que a estos funcionarios, bajo la dirección del presidente, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

La Constitución también indica que, como cualquier proyecto de ley, la ley del plan presentada por el gobierno, en particular por el Ministro de Hacienda y con importante participación del Departamento Nacional de Planeación, debe surtir el trámite legislativo ordinario en donde se le insertan, retiran o modifican materias, prioridades o asuntos presupuestales, entre otros. En el Plan Nacional de Desarrollo

Derecho Público No. 12. Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Bogotá, junio, 2001. Rodolfo Arango, *Derechos, constitucionalismo y democracia*, Op. cit. Desde los influyentes trabajo de Ignacio de Otto se ha reunido un más o menos sólido consenso en cuanto a que la Corte Constitucional es un legislador, opera en la práctica como un legislador, pero como uno negativo porque no propone *motu proprio* leyes ni cambios a la Constitución, es decir no actúa positivamente, pero en efecto cuando declara inconstitucional una ley o un acto legislativo (reformativo de la Constitución) legisla en la medida en que contribuye en la configuración de lo que hace parte del derecho en un país en un contexto determinado.

deben quedar al menos enunciados los temas que serán objeto de política pública. Al someter el gobierno a consideración del Congreso el proyecto de dicha ley, contribuyen en efecto en la configuración de la ley del plan las dos ramas del poder público con representación popular. Observamos no obstante que el diseño originario es potestad, y responsabilidad, del ejecutivo. Respecto de la política pública el Congreso con las leyes formula marcos normativos donde hay directrices a partir de las cuales se formulan las políticas públicas.

Ahora bien, subsiste la pregunta por el rol adecuado de integrar la función de la Corte en el proceso de las políticas públicas. La superioridad de la Constitución se guarda mediante la declaratoria de inconstitucionalidad de las normas, leyes o actos legislativos, que contrarían sus mandatos y preceptos; la integridad de la Constitución se guarda desarrollando normativamente las provisiones que, en forma de garantías iusfundamentales, se incluyeron siguiendo una tendencia transnacional que además propugnaba por la necesidad de contar con mecanismos judiciales efectivos para dotar de contenido en casos concretos a la abstracta principialística constitucional.

El estudio de la Corte en la omisión de afiliación a docentes al fondo de prestaciones sociales del magisterio, arrojó que la irregularidad denunciada por los tutelantes no sólo afectaba a los municipios demandados, sino que responde a un problema estructural que perjudica a un alto número de profesores en todo el país y cuyas causas tenían que ver, más bien, con la forma de ejecutar la política educativa de manera desordenada e irracional. En el caso del desplazamiento forzado interno a causa de la violencia rural, las acciones del ejecutivo y el legislativo, así como los recursos destinados para atender a la población desplazada, son insuficientes para garantizar derechos fundamentales efectivamente violados.

Ante constataciones de esta magnitud está justificado el activismo, por lo que en consecuencia el juez constitucional puede ordenar a las autoridades que, dentro de sus respectivas competencias, realicen las acciones necesarias para remediar la situación de la población desplazada, inclusive que se apropien los recursos necesarios y suficientes para el cumplimiento de las obligaciones constitucionales y legales, sin que ello signifique la orden de gastos no presupuestados, ni la modificación de la política diseñada por el legislador.

Como actor político singularmente relevante en la pervivencia de nuestra democracia constitucional y su estabilidad a pesar de los embates de otros poderes, la Corte ha sido un protagonista institucional del proceso de formación de las políticas públicas. Desde sus mismos inicios cuando la integraban 7 magistrados por un artículo transitorio de la Constitución, se inició la configuración de lo que ahora es una jurisprudencia sólida en algunas materias, rigurosa en su argumentación y particularmente enfocada en el acceso a la justicia de quienes tradicionalmente han

estado por fuera del amparo judicial de sus derechos. En general, en nuestro caso no se ha presentado una obsequiosidad del Tribunal, ni con el poder ejecutivo al fallar políticamente según preferencias⁵⁷, ni con la opinión pública al resolver casos complejos conforme los dictados de mayorías.

Se procuró presentar argumentos relativos al momento en el cual la Corte interviene, pues la variable relevante en la discusión es que lo hace al inicio, señalando un problema y sustentando que debe merecer la atención estatal, y luego al final evaluando los resultados de las políticas diseñadas e implementadas por el gobierno. Si se examina específicamente cómo impacta lo que dice la Corte sobre la política pública del desplazamiento, tanto en la sentencia como en los autos, no está diciendo que la está creando sino que en principio tiene unos efectos sobre la referida política.

Dentro de los problemas respecto de la política pública que tiene la intervención de la Corte Constitucional, podrían destacarse los siguientes: como las sentencias de tutela si bien tienen carácter vinculante no tienen la capacidad de suprimir del ordenamiento lo establecido en la política, en la ley o el decreto que regula la política, se puede presentar el caso de que hayan dos políticas, una que establecen legalmente el gobierno y el Congreso, y otra que se establece jurisprudencialmente, lo cual ocasiona que haya una política que se aplica para todos, que es la que se consagra en la ley, y otra política que surge a petición de parte que es la que se pide a cada juez. Esto trae contradicciones en la teoría de las políticas públicas que supone que, aunque sea focalizada, deben dársele al grupo y no por procedimientos distintos a los que establece la misma política.

La declaratoria de estados de cosas inconstitucional ha procurado precisamente orientar la política del gobierno y el Congreso para impedir, o bien que no haya una política que debe haber, o bien que no subsista una disociación entre las medidas políticas. En caso de que no se contara con la forma de proferir normas y autos de cumplimiento en desarrollo de las declaratorias, podría llegar a haber un caos institucional por el mandato legal que orienta una política y el mandato jurisprudencial que ordena otra distinta.

Debido a que las teorías y doctrinas jurídicas receptadas surgieron en contextos que, como el alemán o el estadounidense son democracias constitucionales más o menos justas (aunque no perfectamente justas), cuyos respectivos sistemas jurídico-políticos son en su mayor parte bien ordenados (Rawls), resulta importante, de un lado, reiterar que el proceso de recepción es —más que adoptativo— adaptativo, es

57 Esto para matizar la afirmación de Juan Carlos Rodríguez Raga respecto de la obsequiosidad de la Corte Constitucional colombiana con el Poder Ejecutivo, en su trabajo "Strategic Constitutional Review: The Case of Colombia, 1992-2006", Midwest Political Science Association, 2008.

decir que debe responder a las particularidades sociales y políticas así como a los marcos jurídicos del contexto de recepción; de otro lado, resulta también significativo destacar que la doctrina del estado de cosas inconstitucional puede constituirse en un aporte del constitucionalismo colombiano a los procesos de aplicación del derecho en contextos marcados por la injusticia, la desigualdad y el déficit crónico en la protección de derechos.

Un problema que trajo progresivamente aparejada la jurisprudencia sobre desplazamiento es que las modificaciones introducidas no se encontraban compiladas, organizadas. La Corte intentó remediar la falencia de tener una política pública dispersa en muchísimas sentencias que habían sido proferidas desde 1997 cuando inició con tutelas puntuales, hasta la declaratoria en 2004. Más que modificar la política sobre desplazamiento, esta sentencia organizó la jurisprudencia previa respecto del diagnóstico del problema y la postura de la Corte.

La T-024 planteó lineamientos generales acerca del fenómeno del desplazamiento, como haberlo declarado estado de cosas inconstitucional, pero fue a través de los autos, el 07 y en particular el 08 que ordena la reformulación de las políticas públicas en atención al fenómeno, las que en realidad configuraron la actuación de la Corte en el ciclo de formación de las políticas públicas sobre el particular. Este auto ordena al gobierno la reformulación por ejemplo acerca de verdad, justicia y reparación, acerca de tierras, de vivienda. A raíz de esto se crearon también unos autos de enfoque diferencial porque aparte de una reformulación de la política de vivienda, se vio la necesidad de realizar la reformulación desde un enfoque diferencial (mujeres, afro-colombianos, indígenas). Estos enfoques diferenciales son transversales a todos los componentes de la política como vivienda, salud y educación. El auto 08, si bien reconoce los logros alcanzados en algunos derechos, sustentó que aún no se ha logrado un avance integral en el goce efectivo de los derechos de la población víctima del desplazamiento forzado; señaló también el límite final que tenía el gobierno para presentar el informe sobre las actuaciones tendientes a superar al estado de cosas inconstitucional, el cual deberá ser evaluado por la Corte.

La Corte colombiana es considerada en Iberoamérica una de las más activas y proactivas, la que más ha judicializado problemas públicos y de la política. Desde muchos sectores se ha sostenido que debido a que los derechos sociales son prestacionales, deben desarrollarse mediante políticas públicas diseñadas por los actores tradicionales. Es particularmente relevante analizar desde que punto definen los problemas públicos, cómo es el tratamiento de la cuestión, cual es el impacto de sus decisiones en este contexto respecto de la modificación de la agenda que logra, y en qué medida, modificar el diseño de las políticas que han hecho los actores tradicionales, es decir, el ejecutivo y el legislativo.

El caso de los desplazados es interesante por el tamaño de la población beneficiaria de las medidas.

Los debates sobre el rol político del tribunal constitucional se remontan hasta el famoso debate entre Kelsen y Schmitt en la Alemania de 1930, y se han extendido hasta la actualidad por medio de distintos autores, disciplinas y escenarios. El problema de los desplazados ha sido una labor interesante por los recursos y los instrumentos que son escasos, la necesidad de recurrir a cooperación internacional para financiar la oficina de seguimiento que se creó dentro de la propia Corte para examinar la política pública. Este caso ha sido un experimento en marcha, tanto por las posibilidades como por los límites de la justicia constitucional.

Bibliografía

- Abramovich, Víctor – Curtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid, Trotta, 2002.
- Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2003.
- , *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis, 2005.
- , (ed.) *Judicial Protection of Internally Displaced Persons: The Colombian Experience*, Washington DC: The Brookings Institution-University of Bern, 2009.
- , *Superación del estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado*. Documento presentado ante la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, Bogotá, 2008. Me baso en la versión manuscrita facilitada por el autor.
- Bayón, Juan Carlos, “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2da ed., 2010.
- Bernal Pulido, Carlos, *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho*, Bogotá, Universidad Externado, 2009.
- , *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005.
- Burnham, Margaret A., “Cultivating a Seedling Charter: South Africa’s Court Grows its Constitution”, *Michigan Journal of Race and Law*, Vol. 3, No. 29, 1997.
- Carbonell, Miguel (ed.) *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta, 4ta ed., 2009;
- , (ed.) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Carbonell, Miguel – García Jaramillo, Leonardo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado, 2010; Madrid, Trotta, 2da ed., 2010.

- Carrasquilla, Alberto, “Economía y Constitución: hacia un enfoque estratégico”, *Revista de Derecho Público*, No. 12, Universidad de los Andes, 2001.
- Cepeda, Manuel José, *Polémicas Constitucionales*, Bogotá, Legis, 2007.
- Clavijo, Sergio, *Fallas y fallos de la Corte Constitucional*, Bogotá, Alfaomega - Cambio, 2001.
- Crossman, Brenda – Ratna, Kapur, “Secularism’s Last Sigh?: The Hindu Right, the Courts, and India’s Struggle for Democracy”, *Harvard International Law Journal*, Vol. 38, No. 113, 1997.
- Dornbach, Alajos, “Retroactivity Law Overturned in Hungary”, *East European Constitutional Review* No. 1, 1992.
- Dworkin, Ronald, “The moral reading and the majoritarian Premise”, Introducción: *Freedom’s Law. The Moral Reading of the American Constitution*. Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1996.
- , “Igualdad, democracia y constitución: nosotros, el pueblo, en los tribunales”, en: Miguel Carbonell – Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Madrid, Trotta, 2da ed., 2010.
- Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del estado de derecho”, en: Miguel Carbonell – Rodolfo Vázquez (eds.) *Estado de derecho. Concepto, fundamentos y democratización en América Latina*, México D.F., Siglo XXI, 2002.
- , *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*, Madrid, Trotta, 2011.
- Ferreres, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, CEPC, 2da ed., 2007.
- García Villegas, Mauricio – Rodríguez, César – Uprimny, Rodrigo, *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*, Bogotá, Norma, 2006.
- Gargarella, Roberto – Domingo, Pilar – Roux, Theunis (eds.) *Courts and Social Transformation in New Democracies. An Institutional Voice for the Poor?* Aldershot, Ashgate, 2006.
- Holmes, Stephen, “Precommitment and the paradox of democracy”, en: Jon Elster – Rune Slagstad (eds.) *Constitutionalism and Democracy*. Cambridge University Press, 1988.
- Kalmanovitz, Salomón, *Las instituciones y el desarrollo económico en Colombia*, Bogotá, Norma, 2001.
- López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2da ed., 2006.
- , *Interpretación constitucional*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura – Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, 2002.
- Prieto Sanchís, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- Sripati, Vijayashri, “Toward Fifty Years of Constitutionalism and Fundamental Rights in India: Looking Back to See Ahead”, *American University international Review*, No. 14, 1998.
- Sunstein, Cass, *The Second Bill of Rights*, New York, Basic Books, 2004.

Sunstein, Cass – Holmes, Stephen, *The Cost of Rights: Why Liberty Depends on Taxes*, W. W. Norton, 2000.

Yang, Kung, “The Constitutional Court in the Context of Democratization: the Case of South Korea”, *Verfassung und Recht in Ubersee* No. 31, 1998.

Zifcak, Spencer, “Hungary’s Remarkable, Radical, Constitutional Court”, *Journal of Constitutional Law in Eastern and Central Europe* Vol. 3, No. 1, 1996.



Título: Rastros de restos serie 6

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***PRINCIPIO DEL MÉRITO
Y DERECHOS FUNDAMENTALES:
ELEMENTOS PARA EL DISEÑO
INSTITUCIONAL DE UN SISTEMA
DE CARRERA ADMINISTRATIVA
EN LA PERSPECTIVA
DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES***

Fecha de recepción: septiembre 22 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 9 de 2011

**PRINCIPIO DEL MÉRITO Y DERECHOS FUNDAMENTALES:
ELEMENTOS PARA EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE UN SISTEMA
DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS
FUNDAMENTALES**

*Hernán Darío Vergara Mesa**

RESUMEN

La perspectiva de los derechos fundamentales en el diseño de las instituciones públicas, es una de las consecuencias inevitables de la fórmula del Estado constitucional de derecho acogida por la Carta Política colombiana vigente.

Al constatar que el mérito es uno de los principios formales estratégicamente concebidos por el Constituyente de 1991 para hacer efectivo el sistema de derechos sobre los que se fundamenta el nuevo texto constitucional, además de garantizar los principios sobre los que reposa el cumplimiento de la función administrativa del Estado, el artículo plantea la necesidad de que se discuta la posibilidad de un diseño institucional del sistema de carrera desde la perspectiva de los derechos fundamentales.

Palabras clave: Principio de merito, derechos fundamentales, carrera administrativa.

**PRINCIPLE OF MERIT AND FUNDAMENTAL RIGHTS:
ELEMENTS TO THE INSTITUTIONAL DESIGN OF A SYSTEM
OF ADMINISTRATIVE CAREER IN THE PERSPECTIVE OF THE
FUNDAMENTAL RIGHTS**

ABSTRACT

The perspective of the fundamentals rights in the design of the public institutions, is one of the inevitable consequences of the formula of the constitutional State of law received by the Politic Cart.

When it is verified that the merit is one of the formal principles conceived by the constituent of 1991 to do effective the system of rights that supports the new constitutional text, moreover it guarantees the principles that rest the administrative function of the State, the article explains the necessity of discuss the possibility of a institutional design of the system of career since the perspective of the fundamental rights.

Keywords: Merit principle, fundamental rights, administrative career.

* Profesor de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia

PRINCIPIO DEL MÉRITO Y DERECHOS FUNDAMENTALES:

ELEMENTOS PARA EL DISEÑO INSTITUCIONAL DE UN SISTEMA DE CARRERA ADMINISTRATIVA EN LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

Uno de los roles que manifiesta el Estado dentro de las sociedades modernas es su carácter de empleador, esto es, como una organización que tiene a su cargo un grupo de empleados y de trabajadores que se ocupan de desarrollar las labores que tienen relación con la diversidad de tareas que a aquél le corresponde cumplir. Como tal, tiene las potestades y las obligaciones que se le reconocen y exigen a cualquier empleador, pero en un ámbito de restricciones un poco desconocidas para los empleadores particulares, las cuales tienen que ver con el interés público que está implicado en todos los asuntos relacionados con el Estado.

Dentro de las restricciones que tradicionalmente se pueden reconocer en el ámbito laboral del Estado, se destacan las relativas al presupuesto y, fundamentalmente, las referidas a la contratación del personal. Estas últimas son las que interesan aquí, pues guardan una relación muy estrecha con la necesidad de que el Estado garantice la efectividad de un conjunto de principios constitucionales que tienen que ver con la igualdad, la transparencia, la eficiencia, y la eficacia en el cumplimiento de la función pública y especialmente de la función administrativa.

En atención a estos principios, al Estado no se le reconoce la *libertad de contratación* que sí se predica de los empleadores privados, quienes no tienen limitaciones para la contratación civil o laboral, diferentes a las que se desprenden de la obligación de no generar discriminaciones por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica, previstas en el inciso 1° del artículo 13 de la Carta Política. El Estado, por el contrario, en virtud de ese mismo artículo 13, tiene la obligación de garantizar la igualdad de trato y protección en todas sus actuaciones, entre las cuales por supuesto se comprenden aquellas que se desenvuelven en el plano laboral. A esto se agregan los principios de la función administrativa¹; los propios del derecho laboral que se encuentran consagrados en el artículo 53 de la Carta Política colombiana, con particular relevancia del principio de “igualdad de oportunidades para los trabajadores”; y fundamentalmente el principio de mérito

1 Artículo 209 de la CPC.

consagrado en el artículo 125 de la Constitución, que específicamente alude a la obligación que tiene el Estado de proveer sus propios cargos mediante el sistema de carrera.

A lo anterior se suman los convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), que establecen regulaciones básicas para la protección de la igualdad en el empleo frente a todo tipo de conductas discriminatorias, y que están contenidas en los Convenios No. 100 y 111, que hacen parte de la legislación interna por expresa remisión del artículo 53 de la Carta Política². El Convenio No. 111 es especialmente importante para el tema que nos ocupa, al expresar en el artículo 1° lo siguiente:

1. A los efectos de este Convenio, *el término discriminación comprende:*

a) *cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;*

b) *cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.*

2. *Las distinciones, exclusiones o preferencias basadas en las calificaciones exigidas para un empleo determinado no serán consideradas como discriminación.* (Cursivas fuera del texto)

Estos claros mandatos constitucionales y de convencionalidad internacional exigen del Estado la adopción de una serie de medidas legislativas, reglamentarias y técnico-administrativas encaminadas a hacer efectiva la igualdad en el ámbito de las relaciones laborales que se desarrollan en su interior. Las manifestaciones que puede revestir esa obligación son múltiples y variadas, y no se reducen exclusivamente al enganche de personal, sino que se trasladan a todos los campos de esa relación, como ocurre con los reconocimientos salariales y prestacionales, las jornadas de trabajo, las situaciones administrativas, el bienestar social y laboral, la seguridad social, entre otros.

De algún modo, cuando hablamos del mérito nos estamos refiriendo a un principio formal³ que pretende hacer posible o efectivo el principio sustancial de la igual-

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

3 El calificativo de principio formal está dado en razón de que está instituido para hacer efectivos otros principios constitucionales. Ver, CAÑAL, Diana, Decisiones Judiciales: La relación entre normas de fondo y de

dad en las relaciones laborales públicas y cuya plasmación se observa prácticamente en todas las etapas de esa relación, tanto desde el inicio, como en el transcurso y hasta la terminación de la misma, con especial referencia a las etapas de acceso al servicio y de evaluación o calificación del personal, en donde pueden hacerse manifiestas conductas que alteran la igualdad de trato y de oportunidades que se le debe dispensar tanto a los candidatos a los cargos públicos como a quienes ya tienen la calidad de empleados del Estado.

Es importante en todo caso advertir, que si bien la igualdad es el principio que aparece inicialmente fundamentando el sistema de mérito dentro de la función pública, no por ello es el único valor que se procura alcanzar dentro de las finalidades del Estado Social y Democrático de Derecho. Ya antes se había mencionado que también con él se persiguen propósitos de moralidad, transparencia y eficiencia en el desempeño de las labores estatales, lo que permite pensar que nos encontramos ante uno de los principios formales más importantes de la Carta Política vigente en Colombia.

Podría decirse así que el sistema de mérito busca no sólo la protección simple y llana de los trabajadores al servicio del Estado, a efectos de que nos se les discrimine, sino que también ampliaría el radio de esa protección hacia todos aquellos ciudadanos interesados en acceder a los cargos públicos, que pretenderían las mismas oportunidades; así como también hacia toda la comunidad, o si se quiere a los potenciales usuarios de los servicios públicos, a quienes interesaría ser tratados con imparcialidad, neutralidad, eficiencia y eficacia en los asuntos que adelanten ante las diferentes instancias públicas.

Precisemos este punto y la faceta inicial que tiene este principio que en los distintos ámbitos en que opera y se relaciona con los derechos fundamentales:

- Un primer momento es el relativo a la esfera del acceso a los empleos públicos. Aquí el principio del mérito se comporta ante todo como un medio que garantiza la igualdad de trato y de oportunidades para todos los ciudadanos interesados y que se consideran con aptitudes suficientes para ocupar los cargos públicos.

Este momento tiene importantes variables en relación con la garantía del derecho a la igualdad, pues, por un lado, hace relación a la no discriminación utilizando factores absolutamente prohibidos por la Constitución, como la raza, el sexo, la condición social o familiar, el credo religioso o político, entre otros; por el otro, implica la obligación que se desprende de los incisos 2° y 3° del artículo 13 de la

Carta política colombiana, de promover la protección y la igualdad real y efectiva de las personas y grupos marginados o en situación de debilidad manifiesta.⁴

Este último es uno de los temas más atractivos a la hora de asumir el estudio de un sistema de mérito en perspectiva de derechos fundamentales, pues se trataría de definir el alcance de las obligaciones que adquiere el Estado con la promoción y garantía de acceso a los empleos públicos de personas que por sus condiciones físicas, sociales e incluso culturales, no podrían sin la intervención del Estado, aspirar a ocuparlos. ¿El principio constitucional del mérito plantearía la exigencia de acciones afirmativas por parte del Estado en este específico escenario de las oportunidades para acceder a los cargos públicos? ¿Qué tensiones o conflictos hallaría esta posibilidad con la efectividad de otros derechos fundamentales e incluso con las mismas finalidades del Estado? ¿Puede resolverse a priori este tipo de conflictos?

He ahí un punto de trabajo prometedor de intensas polémicas y de apasionantes conclusiones.

- Un segundo momento es el concerniente a la evaluación del mérito en el cumplimiento de las tareas estatales, lo que comúnmente se denomina como calificación de servicios. Este es un ámbito en el que se desarrolla un procedimiento administrativo tendiente a medir el grado de cumplimiento de las obligaciones, tareas, responsabilidades y el logro de los objetivos del servicio por parte del empleado. Es importante señalar, al menos por lo que ocurre en Colombia, que esta fase no es simplemente de constatación, sino que comprende también todo lo referente a la definición de los criterios y elementos de la evaluación, en la que, al menos teóricamente, puede participar activamente el empleado.

Si se observa bien, en este punto el sistema de méritos intenta garantizar la imparcialidad y la transparencia de la calificación del servicio, en donde son los derechos del trabajador o del empleado evaluados los que resultan directamente comprometidos; en principio, no otros, aunque de manera indirecta la sociedad y el Estado se encuentran interesados en que se desarrolle una calificación objetiva, para retener en el servicio público a un buen empleado, o para descartar su permanencia en caso de ineficiencia.

Un tercer momento es el relativo a la esfera del ejercicio de las funciones propias del empleo público. Este es uno de esos momentos que se puede pensar com-

4 “...El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

prendido en el anterior; sin embargo, la óptica desde la que se le podría mirar es desde la garantía de los servicios que presta el empleado o trabajador a la comunidad de usuarios que interactúan ante él. Es aquí donde resulta pertinente preguntarse sobre el papel que debe cumplir el empleado o trabajador dentro de la respectiva entidad pública, para satisfacer las necesidades sociales que le han sido legalmente asignadas a la misma y que generan la expectativa social de su efectiva prestación.

Son dos los aspectos que sugiere este momento. Uno de ellos tiene que ver con la diversidad de tareas que el Estado cumple en las sociedades contemporáneas, que podrían clasificarse, para efectos simplemente metodológicos, en dos clases de funciones: por un lado, las típicamente estatales o públicas, que normalmente implican el ejercicio de autoridad; y por otro lado, las típicamente comerciales o de gestión económica, en donde las manifestaciones de autoridad no son usuales ni concebibles porque se sustentan en el principio de igualdad contractual. Esta clasificación por sí misma marcaría un contenido diverso del principio del mérito que se debe observar, exigir y medir en las relaciones laborales estatales, que puede ser en términos de objetividad-imparcialidad, en las primeras, y de eficiencia-eficacia en las segundas, como luego se destacará.

Otro aspecto de este momento, muy conectado con el anterior, se refiere a la esfera de los derechos fundamentales de los administrados o usuarios de los servicios públicos que interactúan con el Estado. El personal que labora para éste debe observar una serie de comportamientos en la prestación de tales servicios que permitan la satisfacción de derechos de diversa índole que bien pueden ser tanto de libertad como de igualdad, y que está de cargo de la administración realizarlos, como sucede con el derecho de petición, la confianza legítima, el debido proceso, el derecho a la intimidad y una gran cantidad de derechos prestacionales diseminados a lo largo del texto constitucional. El mérito aquí proyecta su aplicación no sólo a la selección de personal idóneo y competente para el cumplimiento de las actividades en función de la realización de los derechos, sino que también incidiría en el momento de la evaluación de tales tareas y, ante todo, en el de formación y cualificación del personal atendiendo a estas finalidades.

Se debe anotar sin embargo, que esa comunidad de usuarios puede tornar mucho más complejo el sistema de mérito, por cuanto la definición de las personas más capacitadas para desempeñar un puesto público puede llegar a depender, aunque en principio se debería de asumir como sospechoso, de características demográficas, e incluso de factores, en principio descartables, como la raza y la nacionalidad, tanto como de la educación formal y la posesión de ciertas capacidades. Esa es la opinión de GUY PETERS, quien señala:

Una de las características definitorias del modelos de burocracia de Weber era que los funcionarios públicos deberían seleccionarse por las normas de desempeño y el mérito, no por criterios de adscripción, como la casta, la raza, el idioma; a esto se le ha llamado selección por “competencia neutral”. El supuesto subyacente es que la burocracia debe ser capaz de contratar al mejor personal posible, y la contratación por méritos es el instrumento lógico para llenar los puestos vacantes con el personal más calificado.

Ahora bien, la idea del ‘mérito’ en el cargo público es más compleja de lo que suele creerse; la raza, el credo, el color, el género de los empleados públicos pueden ser importantes para determinar la eficiencia de los servicios gubernamentales. Por atractivo que pueda resultar emplear a la mejor persona posible, desde el punto de vista de la aplicación de las normas del desempeño de una sociedad moderna, y quizás desde el logro de las metas de igualdad social en una sociedad en desarrollo, la contratación por méritos podría generar algunas ineficiencias importantes, si se le compara con la designación política⁵.

Este enfoque a partir de los usuarios es en todo caso definitivo a la hora de hablar de derechos fundamentales e implicaría hacer un profundo estudio del impacto que debe tener el servicio y las políticas públicas en la comunidad, para, a partir de allí, diseñar los procesos de selección y, especialmente, redefinir los propósitos del proceso de evaluación y calificación de servicio y el de la formación profesional y laboral de los empleados, pues ya no atenderían, como ahora, a objetivos exclusivamente laborales u organizacionales, sino también y prioritariamente a la verificación o fortalecimiento del cumplimiento del cometido estatal en función de los derechos fundamentales de los usuarios.

El principio del mérito como eje estratégico de la carta política de 1991.

La Constitución Colombiana actual, expedida en el mes de julio de 1991, es el resultado de un gran acuerdo nacional, en el que participaron fuerzas políticas de diferentes corrientes ideológicas provenientes de los partidos tradicionales, de grupos sociales históricamente marginados como los indígenas y las comunidades negras, y hasta de grupos alzados en armas que meses antes habían entrado en diálogos con el gobierno nacional. El resultado de esta amplia participación en la asamblea nacional constituyente fue una Carta Política extensa, diversa, en muchos casos incoherente y contradictoria, justamente por intentar reflejar los anhelos y la

5 GUY PETERS, B, La Política de la Burocracia, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1999.

pluralidad de intereses que se encontraban en el juego en las discusiones de cada uno de los artículos constitucionales definitivos.

Lo que parece interesante, es el alto grado de consenso que existió alrededor del tema del sistema de mérito, y específicamente de la carrera administrativa. Cuando se leen las exposiciones que cada una de las ponencias desarrolló alrededor de este punto, se encuentran grandes coincidencias en cuanto a los diagnósticos, los problemas estructurales que existían en la función pública colombiana, y en las fórmulas constitucionales que debían adoptarse para remediar las anomalías que en este sentido estaban minando la legitimidad del Estado.

Dos temas fundamentalmente fueron el centro de atención de los diagnósticos de los delegatarios constituyentes: el primero de ellos, el alto grado de corrupción hallado en el marco de la provisión de los cargos públicos, en donde se pudo advertir la ineficacia total del sistema de carrera que se había instaurado desde el año 1938. El llamado botín político era la característica común en la gestión del personal del Estado, lo que no solamente ponía en riesgo la idoneidad y la calidad de los servidores públicos, sino también del sistema democrático, en la medida en que no se propiciaban las condiciones para que tanto las elecciones de las autoridades como el ejercicio de la función pública, fuera transparente y eficaz. El segundo tema, la ineficiencia que caracterizaba a los empleados del Estado, los cuales habían atiborrado el servicio público de trámites burocráticos excesivos, denegando de esa manera una efectiva y adecuada prestación de los servicios. En muchas intervenciones se halla inmersa esta preocupación⁶, como queda condensado plenamente en el acta de la reunión del 6 de mayo de 1991, que consta en la Gaceta No. 68, uno de cuyos apartados brevemente expresa lo siguiente:

“La propuesta de articulado presentada en esta ponencia significa un esfuerzo por recoger los consensos que aparecen esbozados en los proyectos de reforma arriba reseñados.

Para cumplir la finalidad del Estado consagrados en que el servidor público está al servicio exclusivo de la comunidad, y en consecuencia en una de las alternativas del articulado se propone la adopción de las carreras en todos los órganos, órdenes y niveles. Eso sí, como lo señalara la comisión presidencial para la reforma de la administración pública, convocada durante la administración Barco: “ la carrera administrativa no puede distorsionarse como garantía de estabilidad de funcionarios ineficientes ni de protección de inte-

6 Pueden encontrarse ponencias sobre este particular en las Gacetas Constitucionales No. 5 del 15 de febrero; No. 6 del 18 de febrero; No. 8 del 19 de febrero; No. 9 del 19 de febrero; No. 10 del 20 de febrero; No. 12 del 28 de febrero; No. 15 del 4 de marzo; No. 16 del 5 de marzo; No. 18 del 8 de marzo; No. 19 del 11 de marzo; No. 20 del 7 de marzo; No. 30 del 1º abril; No. 45 del 13 de abril y la No. 78 del 21 de mayo de 1991.

reses puramente gremiales, sino que, ‘es un adecuado desarrollo, constituye el sistema técnico de administración de personal propio del sector público, dirigido a asegurar la eficiencia de la administración...’ Como lo precisara igualmente la Comisión Preparatoria sobre Administración pública: “El país demanda ahora como prioridad la mayor eficiencia y eficacia en la gestión pública, como condición básica para desarrollar la legitimidad institucional. Esto unido a la elevación general de los niveles de calificación exige criterios que garanticen la mayor profesionalización del servidor público, promoviendo el desempeño y la eficiencia, buscando la mayor competitividad en el acceso al servicio público en la permanencia en el mismo, y siempre acorde con la necesidad del servicio”⁷.

Por su parte, también la jurisprudencia constitucional se ha ocupado de fijar el valor que representa para nuestro ordenamiento jurídico el principio del mérito. Lo ha hecho en innumerables ocasiones, pero determinadamente en la sentencia C-588 del 27 de agosto de 2009, en la que, por primera vez en Colombia, se declara inexecutable en su totalidad un acto reformativo de la Constitución por sustitución constitucional, y para ello retoma su vasta jurisprudencia sobre el mérito como principio, que a la vez desempeña un papel estelar en nuestro modelo de Estado. Allí la Corte expresó, entre otras cosas, lo siguiente:

Es tal la importancia de la carrera administrativa en el ordenamiento constitucional instituido por la Carta de 1991, que la Corte le ha reconocido el carácter de principio constitucional,⁸ bajo el entendimiento de que los principios “suponen una delimitación política y axiológica”, por cuya virtud se restringe “el espacio de interpretación”, son “de aplicación inmediata tanto para el legislador constitucional” y tienen un alcance normativo que no consiste “en la enunciación de ideales”, puesto que “su valor normativo debe ser entendido de tal manera que signifiquen una definición en el presente, una base axiológico-jurídica, sin la cual cambiaría la naturaleza de la Constitución y por lo tanto toda la parte organizativa perdería su significado y razón de ser”.

Dada la categoría de principio constitucional que le corresponde, en la providencia citada la Corte concluyó que “en el estado social de derecho la carrera administrativa constituye un principio constitucional y como tal una norma jurídica superior de aplicación inmediata, que contiene una base axiológico-jurídica de interpretación, cuyo desconocimiento vulnera la totalidad del ordenamiento constitucional” y, más adelante, precisó que

7 Páginas 83-84. En la Gaceta No. 70 del 8 de mayo de 1991, se da cuenta de la totalidad de los proyectos normativos que sobre este tema fueron presentados por los diferentes delegatarios ante la ANC.

8 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz.

9 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992. M. P. Ciro Angarita Barón.

...siguiendo los presupuestos que definió la jurisprudencia como esenciales para la configuración de un principio de rango constitucional, al analizar el contenido y alcance de lo dispuesto en el artículo 125 de la Carta, el intérprete puede, sin lugar a equívoco, reivindicar la carrera administrativa como un principio del ordenamiento superior, que además se constituye en cimiento principal de la estructura del Estado, a tiempo que se erige en instrumento eficaz para la realización de otros principios de la misma categoría, como los de igualdad e imparcialidad, y de derechos fundamentales tales como el consagrado en el numeral 7º del artículo 40 de la Constitución, que le garantiza a todos los ciudadanos, salvo las excepciones que establece la misma norma superior, el acceso al desempeño de funciones y cargos públicos¹⁰.

Así las cosas, como lo estimó la Corporación, en otra oportunidad, “el Constituyente, al redactar el artículo 125 de la Carta, y consagrar en su texto como regla general de la administración pública, la aplicación del sistema de carrera administrativa a los servidores del Estado, lo que hizo fue hacer compatibles los componentes básicos de la estructura misma del aparato que lo soporta, con los principios y fundamentos del Estado Social de Derecho”¹¹¹².

El mandato concebido en su momento por el Constituyente y que ha dado lugar a una profusa jurisprudencia constitucional, tiene ya 20 años de vigencia, y a decir verdad, su funcionalidad ha dejado una paradójica sensación: por un lado, la de que se ha producido una extraordinaria evolución legislativa y jurisprudencial alrededor del tema de la carrera en todos los órdenes y niveles del Estado; en este punto se observa un lento pero positivo avance de depuración normativa de los aspectos relativos a la aplicación de la carrera¹³. Pero por otro lado, la de que se conserva una precaria efectividad del sistema de mérito, en tanto las provisiones de cargos públicos mediante concurso público son en proporción menores en comparación con las que se producen por las vías de la provisionalidad y de la ya desaparecida figura de la inscripción extraordinaria en la carrera administrativa, que de todos modos sigue produciendo sus efectos¹⁴.

10 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-563 de 2000. M. P. Fabio Morón Díaz. Estos criterios han sido reiterados en las Sentencias C-1230 de 2005. M. P. Rodrigo Escobar Gil y C-532 de 2006. M. P. Alvaro Tafur Galvis.

11 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-126 de 1996. M. P. Fabio Morón Díaz.

12 Sentencia C-588 de 2009, páginas 67-68. (Las citas dentro del texto de la sentencia cuyos apartes se han transcrito, son de la Corte Constitucional).

13 Uno de los puntos más relevantes es el que hace referencia al señalamiento de los criterios para la creación de empleos de libre nombramiento y remoción.

14 La Ley 27 de 1992 fue el primer estatuto de carrera administrativa en Colombia después de expedida la Carta Política de 1991. En virtud del artículo 22 de esta Ley, se produjo una vinculación masiva de servidores públicos a la carrera, de manera automática. Esta disposición fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional, mediante sentencia C-030 de 1997, con efectos hacia el futuro.

En estos 20 años se han presentado diversos problemas para darle efectividad a este sistema y de esa manera cumplir con el mandato constitucional del mérito para el acceso y la permanencia en la función pública. Distintas leyes se han expedido, tanto para el sistema general como para los especiales de carrera¹⁵, con sus respectivos decretos reglamentarios, para darle salida a los procesos de selección. Pero las dificultades estructurales aún continúan. En muchas ocasiones los problemas se hallan en el adelantamiento de los concursos públicos, por la complejidad logística que ellos adquieren cuando se trata de proveer un número realmente significativo de empleos, en los cuales puedan surtirse todas las etapas con el respeto de las reglas de juego planteadas en las convocatorias públicas, y asegurando además el debido proceso de los participantes¹⁶. En otros casos, han sido los pronunciamientos de la jurisdicción constitucional los que han dejado sin valor tales convocatorias, por encontrar algunos vicios de inconstitucionalidad en las normas legales en que ellos se fundamentaban¹⁷.

A raíz de ello, no solamente no ha operado la carrera, sino que ha adquirido fuerza durante todos estos años el fenómeno de la provisionalidad, que es una institución excepcional para la provisión de los cargos públicos. Alrededor del tema de los empleados que están nombrados en provisionalidad, se han generado una serie de propuestas legislativas y hasta de reformas constitucionales que han intentado reconocerles los derechos de carrera, de manera automática, yendo posiblemente en contravía del principio constitucional del mérito¹⁸. Del mismo modo, y a propósito de esas iniciativas legislativas, se ha producido un número también importante de decisiones judiciales en torno a los alcances y contenidos del sistema de mérito, y sobre el papel que juega la provisionalidad dentro de todo el engranaje de la carrera.

Las tensiones que esto ha creado entre las altas cortes colombianas, específicamente entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, han sido permanentes y han derivado en pronunciamientos radicales y antagónicos en relación con los mismos problemas jurídicos, hasta el punto que de crear una verdadera crisis institucional entre estas corporaciones. La reacción más audaz sobre el tema puede encontrarse en la recientemente expedida sentencia de la Corte Constitucional SU-917 del 16 de noviembre de 2010, en la cual la Corte hace un perentorio llamado a todos los

15 Se destacan las Leyes 27 de 1992, 443 de 1998 y 909 de 2004.

16 Ejemplo de ello es la Convocatoria 001 de 2005 de la Comisión Nacional del Servicio Civil, que cinco años después de expedida, aún no termina con lista de elegibles definitiva para todos los cargos convocados.

17 La sentencia C-372 de 1999 de la Corte Constitucional es un caso conocido entre nosotros.

18 Una propuesta de reforma constitucional con este fin fue el Acto Legislativo No. 1 de 2008, el cual fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C- 588 de 2009; en esta sentencia se declara al mérito como uno de los ejes definitorios de la Carta Política de 1991.

jueces a respetar su jurisprudencia sobre el tema de la provisionalidad, so pena de incurrir en vías de hecho que pueden conducir a anular, como en efecto sucedió en ese caso, sus sentencias.

Lo cierto entonces es que hay en Colombia una norma constitucional que establece el mérito como un principio rector de las relaciones laborales estatales, pero con altos índices de ineficacia, y que, posiblemente, las razones de la misma pueden encontrarse en la persistencia de los vicios que la Asamblea Nacional Constituyente encontró enraizados en su momento en la función pública, que pueden resumirse en el intento de hacer prevalecer los esquemas de patronazgo sobre los empleos públicos, con su más clara manifestación actual: la provisionalidad generalizada que éstos han mantenido por un número significativo de años.

Los concursos públicos que actualmente adelanta la Comisión Nacional del Servicio Civil con base en las normas de carrera que fueron expedidas en el año 2004, mantienen un bajo impacto en la provisión de los cargos públicos vacantes en el Estado, tanto en el nivel nacional como territorial¹⁹; y mientras tanto, continúan las insistencias políticas, traducidas en actos legislativos, de otorgar un tratamiento preferencial al personal nombrado en provisionalidad, y como muestra de ello es la expedición en el mes de julio del Acto Legislativo No. 4 de 2011, mediante el cual se homologan para ese personal las pruebas de conocimiento establecidas en el concurso público, por la experiencia y los estudios adicionales a los requeridos para ejercer el cargo.

De todo este contexto surgen dos problemas básicos que debe enfrentar el sistema de mérito actualmente en Colombia: el primero, el ya conocido y diagnosticado, de su ineficacia, en cuanto a la falta de operatividad de las normas de carrera en materia de evaluación del mérito para el acceso y la permanencia en el servicio; el segundo, que me parece a mi mucho más importante y –que se conozca- aún no planteado, el referido *al diseño institucional de un sistema de mérito que ofrezca garantías de realización de los derechos fundamentales*. Con una normatividad sobre la carrera hemos contado por más de medio siglo; pero sólo desde el año 1991 el Constituyente ha pretendido, además de que sean eficaces, que estén prioritariamente al servicio de los valores y derechos fundamentales que inspiraron la expedición de una nueva Carta Política.

19 Debe aclararse que este hecho no es necesariamente imputable a la Comisión Nacional del Servicio Civil, autoridad competente para administrar y vigilar las carreras no especiales. Más bien, ha sido consecuencia de las diferentes propuestas legislativas, que por alguna u otra razón, conllevan la suspensión del trámite de los concursos, como ocurrió en el caso del Acto Legislativo No. 1° de 2008.

Los derechos fundamentales como perspectiva necesaria del sistema de mérito.

Hablar de una perspectiva de los derechos fundamentales para el sistema de mérito o de carrera administrativa, tiene sentido en un contexto de Estado constitucional de derecho, el cual, como lo afirma PRIETO SANCHÍS “viene a expresar la fórmula política del garantismo, el único marco en el que puede prosperar su ambicioso programa cuyo elemento medular consiste en una concepción artificial de las instituciones a al servicio de los derechos²⁰”, y que, a diferencia del positivismo jurídico, se caracteriza por “la regulación de sus significados mediante normas sustantivas que exigen que todos los poderes, incluso el legislativo, se hallen sometidos a límites y vínculos de contenido”²¹.

Un Estado constitucional de derecho supone la superación del Estado legislativo de derecho y se desarrolla a partir de lo que COMANDUCCI denomina la asunción de una ideología de “constitucionalismo fuerte (o liberal)”, que plantea la exigencia de una “Constitución para garantizar los derechos y las libertades fundamentales frente al poder estatal”, a diferencia del llamado constitucionalismo débil, que afirmaría la exigencia de una “Constitución solamente para limitar el poder existente, sin prever una específica defensa de los derechos fundamentales”²².

Las características de este fenómeno, que GUASTINI denomina “constitucionalización del ordenamiento jurídico”²³, tienen que ver a) con la existencia de constituciones rígidas; b) con la garantía jurisdiccional de la Constitución; c) con el reconocimiento vinculante de todas las normas constitucionales; d) con la aceptación de que la Constitución puede ser interpretada tanto literal como extensivamente, pudiéndose extraer de ella innumerables normas implícitas idóneas para regular aspectos de la vida social y política; e) con la posibilidad de aplicación directa de las normas constitucionales, incluso a las relaciones entre particulares, y e) con el reconocimiento de una interpretación conforme de la ley en relación con la constitución,

20 PRIETO SANCHIS, Luis, *Principia Iuris: Una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El Canon Neoconstitucional*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2010, página 275.

21 *Ibidem*, páginas 276-277

22 COMANDUCCI, Paolo, *Formas de (Neo) Consitucionalismo: un análisis Metateórico*. En: CARBONELL, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo (s)*, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009, página 77.

23 GUASTINI, Ricardo, *La Constitucionalización del Ordenamiento Jurídico: el caso italiano*. En: CARBONELL, Ob. Cit, páginas 49 a 58. Otra caracterización del Estado Constitucional puede encontrarse en BERNAL PULIDO, Carlos, *Estudio Introdutorio*. En: ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, página XXXII.

de forma tal que se evite contradicciones entre las mismas. El mismo GUASTINI acepta que pueden existir grados diversos de constitucionalización, y por eso en los diferentes Estados pueden no hallarse algunas de estas características, pero ante todo las dos primeras son las indispensables para hablar del referido concepto²⁴.

No hay duda de que Colombia ha venido transitando paulatinamente hacia la consolidación, no sin tropiezos²⁵, de un Estado constitucional de derecho. Al menos eso se evidencia con la expedición una Constitución Política que se proclama fundada en el respeto de la dignidad humana, en la vigencia de un orden económico y social justo y en el reconocimiento y protección de los derechos fundamentales, lo que sugiere un cambio de rumbo en relación con el estado de cosas que se tenían bajo la antigua Carta de 1886; del mismo modo, con la instauración de una Corte Constitucional como suprema vigía de la Carta y pieza clave para asegurar, por un lado, el carácter vinculante y prevalente la Constitución en todos los ámbitos, y por el otro, una interpretación del ordenamiento jurídico de acuerdo con los valores, principios y derechos constitucionales fundamentales, lo cual se ha manifestado creciente y eficazmente con el sistema de garantías judiciales que la Carta misma previó mediante las acciones constitucionales, en particular la acción de tutela.

Ha sido un proceso lento y dispendioso, pero la persistente labor de la Corte Constitucional colombiana y de muchos jueces de la república ha propiciado las condiciones para que Colombia recorra el camino hacia la constitucionalización de su ordenamiento jurídico. Y es por eso que no resulta forzoso sostener que problemas jurídicos de diversa índole, antes inmunes al ámbito constitucional, podrían tener una relevancia a ese nivel y desembocar fácilmente en el escenario de los derechos fundamentales²⁶. Uno de ellos es el sistema de mérito, por el grado de compromiso que genera de los mismos en los distintos ámbitos en que opera, amén de la efectividad de otros principios constitucionales muy importantes del sistema democrático, como sucede con los de moralidad, transparencia, eficiencia, eficacia y publicidad, que son ejes orientadores de la función administrativa, en los términos del artículo 209 constitucional.

24 *Ibidem*, página 50.

25 La vertiginosidad de los cambios introducidos a la Carta Política Colombiana de 1991, es una muestra de los obstáculos que ha tenido que sortear el texto constitucional original. Al 7 julio de 2011, fecha del cumpleaños No. 20 de esta Carta, “se expidieron treinta y tres actos reformativos de la Constitución (doce durante los primeros diez años, veintiuno durante los últimos diez); de los Actos Legislativos expedidos hasta la fecha, la Corte declaró dos inexecutable y seis inexecutable parciales”. PÉREZ, WILLIAM FREDY, Reforma Constitucional. En: AGENDA CULTURAL No. 179 – Los Papeles de la Constitución, Medellín, Universidad de Antioquia, julio de 2011, página 16.

26 BERNAL PULIDO, Carlos, *Ob cit*, página 93. También PRIETO SANCHÍS, Luis, Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial. En: CARBONELL, Miguel (Editor), *Ob. Cit*, página 130.

Piénsese por ejemplo en la uno de los pasos previos de todo concurso de mérito, a veces infravalorado, como es la convocatoria pública. Este es un momento determinante de todo el proceso en el que las posibilidades de afectar derechos fundamentales y principios constitucionales es amplísima, como los de igualdad, buena fe, moralidad, transparencia y publicidad. La simple definición de los requisitos para participar, puede conducir por sí misma a la exclusión de muchos aspirantes y al favorecimiento de otros, frustrando de esa manera los intereses de éstos, pero también los de la misma sociedad que tiene todo el derecho a exigir transparencia en la manera como se provee el recurso público sustentado en el empleo estatal, a la vez que la idoneidad y el compromiso de quien estará a cargo de las funciones del Estado, que son funciones de servicio a la comunidad, como lo determina el artículo 123 de la Carta Política

Así entonces, el juego de los derechos y de los principios constitucionales a partir de la vigencia del también principio del mérito es permanente, y eso al menos por dos razones: la primera es que este principio está estrechamente vinculado con el derecho laboral del Estado, ámbito en el cual los derechos fundamentales adquieren una peculiar relevancia constitucional, según se desprende de los artículos 1º, 25 y 53 de la Carta Política y de las normas internacionales ratificadas por Colombia²⁷. La segunda, es que podría atribuírsele a ese principio un carácter primordialmente formal o adjetivo, en tanto su pretensión sería la de asegurar la vigencia de derechos fundamentales de carácter sustantivo, como los de igualdad y acceso a los cargos públicos, y de otros principios, como los ya referidos de la función administrativa, baluartes del Estado social y democrático de derecho. Eso indicaría que es un principio que se ensambla al sistema de garantías -y no propiamente al de derechos- que la Constitución ha establecido para que sus mandatos sean reales y efectivos.

Ahora bien, la efectividad de principio del mérito, y mucho más en la perspectiva de los derechos fundamentales, es un asunto que se juega en distintos escenarios. Es normal que se piense que ante todo es en el escenario de la aplicación por parte de la administración pública - a quien corresponde la operativización y concreción del mismo- en donde se sitúa su real vigencia; y no deja de ser cierto, si se tiene en cuenta que ese es un momento fundamental, porque es la realización del mérito en los casos concretos, en donde quizás entran en mayor tensión los derechos de quienes tienen una aspiración, interés o expectativa frente a la administración, en relación con las actuaciones que ésta tiene que adelantar. Si se observa bien, la moralidad del orden jurídico llega a su máxima expresión con la disposición que tenga la ad-

27 Especialmente los Convenios No. 100 y 111 de la Organización Internacional del Trabajo, que hacen parte de la legislación interna por expresa remisión del artículo 53 de la Carta Política.

ministración pública respectiva de adecuar su conducta a las normas legales, a las reglamentarias y a las que ella se ha autoimpuesto, para lograr el interés general en este ámbito de la actuación estatal.

No obstante, ese amplio campo de la aplicación del sistema de mérito no puede quedar librada exclusivamente a la discrecionalidad administrativa, sino que debe ser mediada por otro tipo de instancias, a quienes correspondería la adopción de decisiones sobre las alternativas constitucionalmente posibles en esa materia. Ellas fijarían los contenidos esenciales, los objetos de regulación, los ámbitos de protección, las facultades administrativas, sus limitaciones y restricciones a la hora de actuar en función de este principio y, en general, todos demás aspectos que se refieran a la precisión normativa de su aplicación. Si, como se ha dicho hasta ahora, el mérito es un principio, eso le agrega un motivo más a la necesidad de mediación, pues hay así una indeterminación muy amplia que debe ser colmada previamente a su aplicación administrativa o judicial por la autoridad constitucionalmente competente²⁸. Los asuntos problemáticos a este respecto tienen que ver entonces con la autoridad competente para hacer esa configuración, con los alcances de ese principio, ante todo si pueden fijarse definitiva o sólo provisionalmente y si se tienen que observar limitaciones explícitas e implícitas impuestas por la misma Constitución, además de si es ineludible la perspectiva de los derechos fundamentales.

A partir de lo precedente, se sugieren varias observaciones:

Una primera tiene que ver con la amplitud o estrechez que la Constitución le daría a los principios y con la autoridad competente para hacer la mediación entre el principio, su interpretación y su aplicación. Siguiendo la clasificación recordada por MARCILLA CÓRDOBA²⁹, entre constituciones cerradas y abiertas, siendo las primeras aquellas que predeterminan por completo el contenido de la legislación, y las segundas las que generan un marco en las que caben múltiples opciones, es importante precisar que la Constitución colombiana tiene una clara tendencia hacia estas últimas, por fundarse en principios como los de pluralidad³⁰ y diversidad étnica, cultural, religiosa, ideológica y política³¹, lo que permite pensar que existe un amplio campo valorativo dentro de los mundos posibles en la Carta Política de 1991.

28 Una de las tensiones que genera del Estado constitucional está radicada en el posible cruce de competencias entre el legislador y el juez constitucional. Cfr: BERNAL PULIDO, Carlos, *Neoconstitucionalismo...* ob, cit, páginas 116 a 118.

29 MARCILLA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad Legislativa – crisis de la ley y la nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005, página 331.

30 Artículo 1º de la CPC.

31 Artículos 7, 18, 19 y 20 de la CPC.

Así mismo, dado que en la Constitución se observa una evidente relevancia del principio democrático, que en una de sus facetas plantearía que es al legislador a quien corresponde hacer las leyes en todos los ramos de la legislación³², lo cual supondría que goza de un amplio margen de apreciación para desarrollar la Constitución³³, se podría decir que, inicialmente, habría una prioridad para que sea éste la primera instancia de la mediación citada³⁴, lo cual no obsta para que los jueces realicen una interpretación de los mandatos legislativos de conformidad con las normas sustantivas de la Carta Política, e incluso adapten sus aplicaciones de acuerdo con las particularidades de los casos concretos y en donde la Corte Constitucional tendría un papel fundamentalmente complementario y cooperante con la labor del legislador³⁵. Esto quiere indicar que se pensaría en una mediación inicial desde el legislador, pero no excluyente de la que podría desarrollar el juez constitucional, el cual ha demostrado en nuestra historia reciente una gran capacidad para armonizar los textos legislativos concernientes a la carrera, tanto con las disposiciones constitucionales como con la realidad en la que ellos intentan incidir³⁶.

Una segunda observación tiene que ver con los alcances del mérito. El carácter de principio que éste reviste le hace tener la indeterminación normativa propia del lenguaje de dichas disposiciones³⁷. Y en este punto existen también múltiples divergencias a la hora de establecer cuál es el significado de los principios, y por tanto de sus alcances en relación con los objetos de regulación que se les debe adscribir. BERNAL PULIDO ofrece una breve referencia a este respecto, cuando presenta los argumentos de las teorías interna y externa de los derechos fundamentales³⁸. En el punto que nos interesa, el autor expresa que la teoría interna parte de la base de que los derechos son entidades aisladas que tienen desde el principio un contenido

32 Artículos 114 y 150 de la CPC.

33 Esta libertad de configuración ha sido ampliamente aceptada por la Corte Constitucional colombiana, por ejemplo, en sentencia C-727 de 2009.

34 Se comparte parcialmente la tesis de FERRAJOLI, en el sentido de que ciertas condiciones para el ejercicio de los derechos fundamentales han de estar puestas inicialmente por el legislador. Cfr: PRIETO SANCHIS, Luis, *Principia Iuris: Una teoría del derecho no (neo) constitucionalista para el Estado Constitucional*. En: ob, cit, página 286.

35 MARCILLA CÓRDOBA, Gema, ob, cit, página 341.

36 En la sentencia SU-917 de 2010, la Corte da muestra de un gran sentido de la realidad en la que tienen que operar las normas legales y a partir de eso, construye una serie de subreglas provisionales para el efecto.

37 BERNAL PULIDO, Carlos, ob, cit, página 110.

38 Es de recordar que los derechos fundamentales son estimados por el autor, apoyándose en ALEXY, como principios, los que a su vez, son mandatos de optimización. ALEXY, Robert, *derechos fundamentales, ponderación y racionalidad*. En: CARBONEL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, Ob, cit, página 105. También, Cfr. AGUILÓ REGLA, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Bogotá-Lima, Ed. Temis-Palestra, 2004, página 16.

definitivo; mientras que la teoría externa los mira en relación con otros bienes y derechos, lo que le exige aplicar el principio de proporcionalidad para solucionar cualquier clase de conflicto entre ellos³⁹. Este es uno de los aspectos que requeriría mayor profundidad, pero es advertible, al menos inicialmente, la inconveniencia asignar significados o alcances definitivos a los principios, en razón de que su positividad fue precedida seguramente por una larga historia o por elaboraciones filosóficas y sociológicas que no se pueden desconocer y con las que hay que contar para llenarlos de sentido; aparte, por supuesto, de que los principios del pluralismo y la diversidad ya citados harían inoperante una visión tan estrecha para aplicarlos en contextos, escenarios y realidades complejas, dinámicas y desiguales. El mismo ALEXY es del parecer de que “si la discusión acerca de los derechos fundamentales no pudiera apoyarse más que en el texto de la Constitución y en el terreno movedizo de su génesis, sería preciso resignarse a un debate de opiniones casi interminable, ilimitado en inestable”⁴⁰.

La tercera observación, muy relacionada con la anterior, tiene que ver con la libertad o restricción que tiene el legislador para determinar los alcances de principio del mérito. Esta autoridad ya no se piensa omnímoda para ello, como ocurría antes, pues el Estado constitucional le impone al menos dos tipos de limitaciones: las que tienen que ver con el cumplimiento estricto de las reglas procedimentales propias de la democracia y, las restricciones de lo que es o no obligatorio y lo que es o no constitucionalmente posible. Sobre el procedimiento democrático no haremos ninguna mención, aparte de señalar que el órgano legislativo en Colombia, justamente con el acatamiento de esos procedimientos, ha producido leyes y hasta actos reformativos de la Constitución, que han incurrido en lo constitucionalmente imposible o prohibido⁴¹. Eso implica entonces, que esas reglas democráticas mediante las cuales se expresan las mayorías parlamentarias no han garantizado —entre nosotros— una racionalidad constitucional, en el sentido de respetar la Carta Política y sus derechos fundamentales.

Por esa razón, nuestro interés se halla en los límites sustantivos que se imponen al legislador para este efecto, siendo esa, realmente, la primera condición, o mejor, el presupuesto indispensable para que pueda diseñarse un sistema de mérito desde la perspectiva de los derechos fundamentales. En este punto se deberá afrontar aquella clasificación entre los límites constitucionales explícitos y los implícitos, recabando

39 Ob. Cit, páginas 99 a 109.

40 Teoría de los Derechos Fundamentales (Segunda edición en español), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008, página 7.

41 Como se verificó en la sentencias C-372 de 1999 y C-588 de 2009 de la Corte Constitucional.

los unos y los otros sobre la base de la teoría en que se sustentan. Por supuesto que cuando hablamos de esta clase de límites, ello nos remite en parte al canon neoconstitucionalista que acepta los llamados contenidos implícitos en las cartas políticas⁴². En este punto, una labor con ese objetivo se debería desarrollar, primero, con la hermenéutica del artículo 125 de la Constitución colombiana, incluso de todo su título concerniente a la función pública (artículos 122 al 131 de la CPC.), para lo cual sería normal apelar a los métodos de interpretación que tradicionalmente la ciencia jurídica ha propuesto para el efecto⁴³, y en segundo lugar, a partir del inventario de subreglas o normas adscritas derivadas fundamentalmente por la Corte Constitucional durante estos 20 años de vigencia de la Constitución, sin descartar las derivadas por otros operadores jurídicos, particularmente el Consejo de Estado y la Comisión Nacional del Servicio Civil, las cuales han permitido construir un sistema de carrera mucho más coherente y respetuoso de la Carta Política⁴⁴.

Dentro de los límites implícitos habría que sumar los que se desprenden de los roles que el Estado colombiano está llamado a cumplir en la sociedad actual⁴⁵. Si algo ha quedado claro desde la década de los 80', es que los Estados han venido redefiniendo su papel como agentes interventores, abandonando paulatinamente la prestación directa de los servicios y concentrando sus esfuerzos en la regulación de los distintos sectores de la economía y de la sociedad. No por ello, por supuesto, han dejado de participar como actores sociales de primer orden, en unos casos cumpliendo las diferentes funciones *públicas*, difícilmente delegables entre a los particulares, y en otros asumiendo la prestación de ciertos servicios directamente o en concurrencia con los particulares, bajos esquemas de mercado y de competencia, con base en normas de derecho común. Estas facetas, como ya se dijo, tienen indudables implicaciones para el derecho laboral estatal y para los sistemas de mérito en particular, toda vez que los valores que están en juego en uno y otro caso son diferentes y posiblemente opuestos.

42 GUASTINI, Ricardo, ob, cit, página 54.

43 Cfr. ALEXY, Robert, Teoría de la Argumentación Jurídica – la teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Bilbao, Centro de Estudios Constitucionales, 1997, página 24 y ss.

44 Son un amplio número de subreglas, pero particularmente son relevantes las relativas a la creación de cargos de libre nombramiento y remoción, que son excepciones al régimen de la carrera. Cfr. Sentencia C-161 de 2003 de la Corte Constitucional.

45 El papel que cumple el Estado no puede generalizarse, porque las realidades y necesidades, en especial las de los países latinoamericanos, son muy diversas. Los mismos modelos burocracia no pueden importarse sin más de países europeos o anglosajones a los de nuestra región. Hay toda una serie de condicionantes históricos que lo impiden. Cfr. DEL PERCIO, Enrique, La condición Social – Consumo, poder y representación social en el capitalismo tardío, 2ª edición, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones, 2010, páginas 148 a 159.

Pensar en desarrollar el principio de mérito para el cumplimiento de funciones *públicas*, implica asumir las consecuencias que se desprenden del ejercicio de actividades que tienen una indudable connotación social, que regularmente se prestan sin ánimo lucro, que pueden implicar algún grado de ejercicio de autoridad y que tienen un marco jurídico especial de regulación. Por su parte, pensar en ese mismo desarrollo para el cumplimiento de actividades de gestión económica, como las industriales o comerciales –el rol del Estado empresario-, exigiría asumir en su toda integridad actividades que se sustentan en el principio de igualdad jurídica y que, aunque imputables al ente estatal, sugieren algún ánimo de lucro, y por esa razón no tienen un marco jurídico diferente al que regula esas mismas actividades para los agentes particulares⁴⁶.

Por eso el mérito no puede ser caracterizado de una vez por todas, de manera uniforme, para todas las entidades públicas, ni siquiera para todos los cargos públicos, porque unas y otros tienen finalidades sociales y compromisos diferentes en relación con los derechos fundamentales, a los cuales se hallan sujetos institucional y funcionalmente. Puede ir en contra del principio del mérito intentar aplicarlo, de igual manera, con los mismos contenidos, herramientas y consecuencias, al Estado soberano y al Estado empresario. Eso mismo hallaría reproches inclusive desde el principio y derecho a la igualdad.

Una última observación se refiere a la posibilidad de que la labor legislativa deba asumir un diseño del sistema de mérito desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Una vez inventariado lo constitucionalmente prohibido y lo constitucionalmente obligado, quedaría un ámbito de lo constitucionalmente posible, en el que el legislador tiene un amplio margen de libertad para configurar todos aquellos aspectos que conciernen al principio del mérito. ¿Es posible pensar que una restricción más para el legislador, es aquella que se refiere a un diseño del sistema de mérito que atienda a la promoción y protección de los derechos fundamentales que entrarían en el radio de operatividad del sistema de mérito? Este es

46 Expresa PRATS I CATALÁ: “El sistema de méritos no nació, pues, para procurar eficacia y eficiencia en la provisión de bienes públicos, sino para procurar seguridad jurídica y confianza, y con ello promover la eficiencia en el mercado. Lo que el sistema de méritos protege no es tanto la competencia de la persona que accede (a pesar de la importancia que este punto obviamente tiene), como la posición de imparcialidad y sujeción al derecho del funcionario en el ejercicio de sus funciones. Un sistema de méritos limitado al acceso que no garantiza a posteriori la imparcialidad del funcionario ni consiguientemente la objetividad de la acción administrativa no es un sistema capaz de satisfacer la funcionalidad social o fundamento institucional del sistema de mérito y por lo tanto no podría ser calificado como tal”. Servicio Civil y Gobernabilidad Democrática: Fundamentos institucionales del sistema de mérito y regímenes jurídicos y gerenciales requeridos para su eficiencia. En: LOSADA I MARRODÁN, Carlos (comp.). De burócratas a gerentes – las ciencias de la gestión aplicadas a la gestión del Estado. Washington D.C. Banco Interamericano de Desarrollo, 1999Ob cit, página 269.

un aspecto que debe ser estudiado con más detalle, porque, al menos, parece ser un capítulo pendiente de nuestra legislación actual⁴⁷. Lo que puede apreciarse hasta el momento, es que las normas que han desarrollado el sistema de carrera, entre las que cabe destacar la Ley 27 de 1992, la Ley 443 de 1998 y la ley 909 de 2004, han tenido como foco de atención el servicio público y, en función de él, la eficacia de los concursos públicos de mérito y de la evaluación del desempeño, de tal manera que pueda, por un lado, realizarse la selección de los mejores candidatos para la provisión de los cargos públicos y, por otro, verificarse el grado de cumplimiento de la funciones y responsabilidades que a éstos, una vez vinculados, les ha sido asignada para el logro de los objetivos institucionales. El enfoque de los derechos, al menos de aquellos que se manifiestan en algunos de los escenarios posibles, no es evidente, al menos como propósito principal de las mismas; quizás lo haya sido de manera mediata o indirecta⁴⁸.

En definitiva, habrá de preguntarse si al Estado Colombiano no sólo le es exigible hacer realidad el principio del mérito en la función pública, sino que a la par y con mayor prevalencia, hacerlo vigente en la perspectiva de los derechos fundamentales.

Conclusiones

- El Estado Constitucional de derecho es un nuevo escenario jurídico en el que a partir de la consagración de unos valores, principios y derechos, el Estado tiene una clara orientación hacia el respeto, la promoción y la garantía de la dignidad humana y de los distintos componentes que la integran y realizan, entre ellos los derechos fundamentales. Ello supone entonces, que las instituciones públicas están destinadas ante todo a ese compromiso, y no necesariamente a la prestación simple y llana de los servicios públicos.
- El principio del mérito es una de las consagraciones centrales del Estado Constitucional de derecho instaurado en Colombia a partir de la Carta Política de 1991. Con él los sistemas de mérito o de carrera trascienden los ámbitos estrictamente laborales y administrativos, y se encaminan al aseguramiento y efectividad de un número apreciable de derechos fundamentales y de principios constitucionales que fundamentan la función administrativa del Estado.

47 Así parece reconocerlo la Corte Constitucional en la sentencia SU-917 de 2010, página 88.

48 Los principios de la función pública que aparecen vertidos el artículo 2° de la Ley 909 de 2004 apuntan más a la eficiencia en la prestación del servicio que a la garantía de los derechos fundamentales. Nada diferente se encuentra en el resto del articulado de la ley.

- Esa relación estrecha entre principio de mérito y derechos fundamentales, sugiere la ineludible obligación por parte del legislador y de otras autoridades, de diseñar los sistemas de mérito desde la perspectiva de tales derechos, atendiendo a las particulares tensiones que en la aplicación de los regímenes de carrera se puedan con ellos generar. Esto no implica desatender los parámetros propios del servicio público, sino que, por el contrario, contribuye a complementar los propósitos de satisfacción de las necesidades sociales, a partir del equilibrio entre los derechos y la eficiencia y eficacia de su regulación y prestación

Bibliografía

- AGUILÓ REGLA, Josep, *La Constitución del Estado Constitucional*, Bogotá-Lima, Ed. Temis-Palestra, 2004
- ALEXY, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales* (Segunda edición en español), Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2008.
- ASAMBLEA NACIONAL CONSTITUYENTE, Gacetas No. 5, 6, 8, 9, 10, 12, 15, 16, 18, 19, 20, 30, 45, 68, 70 y 78 de 1991.
- ATIENZA, Manuel, *El Derecho como Argumentación*, Barcelona, Ariel Derecho, 2006.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Neoconstitucionalismo y la Normatividad del Derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos, *El Precedente en Colombia*, En: *Revista Derecho del Estado* No. 21, diciembre de 2008.
- CAÑAL, Diana, *Decisiones Judiciales – La relación entre normas de fondo y de forma*, Buenos Aires, Editorial Quorum, 2006.
- CARBONELL, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Cuarta Edición, Madrid, Editorial Trotta, 2009.
- CONGRESO (X) INTERNACIONAL DEL CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santiago, Chile, 18 - 21 Oct. 2005.
- CORDERO NIEVES, Yolanda, *Un Sistema de Mérito para el Siglo XXI*. En: *Revista del CLAD Reforma y Democracia*. No. 48. (Oct. 2010). Caracas.
- CONSEJO DE ESTADO, Sentencias de la Sección Segunda: del 30 de junio de 2005, del 12 de noviembre de 2009 y del 28 de enero de 2010.
- CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencias C-109 DE 1995, C-030 DE 1997, SU-250 DE 1998, SU-640 de 1998, C-372 DE 1999, C-734 de 2000, T- 203 de 2002, C-426 DE 2002, T-843 de 2004, T-804 de 2005, T-549 de 2007, T-104 de 2009, C-588 DE 2009, SU-917 de 2010.

- DEL PERCIO, Enrique, *La condición Social – Consumo, poder y representación social en el capitalismo tardío*, 2ª edición, Buenos Aires, Jorge Baudino Ediciones, 2010.
- FERRAJOLI, Luigi, *Principia Iuris – Teoría del Derecho y de la Democracia*, Tomo I (Teoría del Derecho), Madrid, Editorial Trotta, 2011.
- FUENTES, Guillermo; GÜEMES, María Cecilia e ISAZA, Carolina, *Modernizar y Democratizar la Función Pública. Una Mirada desde la Realidad Latinoamericana*. Revista Enfoques, Vol. VII No. 11, 2009.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón, *Curso de Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial Civitas, 1993.
- GUYPETERS, B, *La Política de la Burocracia*, México D.F, Fondo de Cultura Económica, 1999.
- LOSADA I MARRODÁN, Carlos (comp.). *De burócratas a gerentes – las ciencias de la gestión aplicadas a la gestión del Estado*. Washington D.C. Banco Interamericano de Desarrollo, 1999.
- MARCILA CÓRDOBA, Gema, *Racionalidad Legislativa – crisis de la ley y la nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2005.
- MARTÍNEZ ROLDAN, Luis; FERNÁNDEZ SUÁREZ, Jesús, y SUÁREZ LLANOS L, Leonor, *La Ley Desmedida – Estudios de Legislación, Seguridad y Jurisdicción*. Madrid, Editorial Dykinson, 2007.
- VILLEGAS ARBELÁEZ, Jairo. *Derecho Administrativo Laboral*, Tomo I y II, Séptima edición, Bogotá, Legis, 2005.



Título: Rastros de restos serie 7

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

IDEAS BÁSICAS DEL CONCEPTO: DERECHOS SUBJETIVOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES, EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO*

* Este artículo es un resultado de la investigación *Estudio de la fundamentalización del acceso al agua potable en Colombia, a partir los criterios de la teoría de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales*. Inscrita en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Avalada por el semillero Procesos Investigativos dirigido por la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz de la Línea Investigación y Derecho del Grupo Derecho y Sociedad. Financiada por la misma facultad. Realizada por: David Sierra Sorockinas (Investigador principal) y María Claudia Gómez Cabana (Coinvestigadora)

Fecha de recepción: septiembre 22 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 9 de 2011

IDEAS BÁSICAS DEL CONCEPTO: DERECHOS SUBJETIVOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES, EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

*David Sierra Sorockinas***

*María Claudia Gómez Cabana****

RESUMEN

Cada modelo de Estado surgió como respuesta a una lucha en pro de la defensa de derechos y garantías de los individuos, que se hacían imperantes en el momento histórico en el cual surgieron, es así que el modelo de Estado fue ganando legitimación frente a los individuos que reclamaban el respeto de libertades mínimas, que, con la evolución del Estado, se transformaron no solo en la defensa de la autonomía del individuo, si no que se avaló la intervención estatal en aras de lograr una igualdad material, dando como resultado la conformación del modelo de Estado Social de Derecho, amplió las tipologías de derechos, estableciendo la creación de los llamados derechos sociales. Este artículo estudiará, desde la doctrina constitucional, el concepto de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales, con la finalidad de mostrar al lector el contexto histórico en el cual surgieron, para luego determinar con certeza, las características de cada uno de estos derechos, permitiéndole establecer las implicaciones de enmarcar un determinado derecho en una o varias de estas tipologías.

Palabras clave: Estado Social de Derecho, derechos subjetivos, derechos fundamentales, derechos sociales, Corte Constitucional.

BASIC IDEAS OF CONCEPT: SUBJECTIVES RIGHTS, FUNDAMENTAL RIGHTS, SOCIAL RIGHTS IN COLOMBIAN CONSTITUTIONALISM.

ABSTRACT

Each State model emerged how a answer of a struggle for the defense of people`s rights and guarantees, which were very important to the historic moment, in that sense the State model won legitimatation with the people that claimed for the basic freedoms, that, with the evolution of the State, were converted in the defense of the individual autonomy and were the base to State intervention with the objective to obtain a material equality, and then, was conformed the Social State of Law model. This article is going to study, since constitutional doctrine, the concept of subjectives, fundamentals and socials rights, with the finality to show to the reader the historic context of how those rights emerged, and later, we are going to establish the features of each right.

Keywords: Social State of Law, subjectives rights, fundamentals rights, social rights, Constitutional Court.

** Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. E-mail: sierradavid@gmail.com Integrante del semillero Procesos Investigativos dirigido por la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz de la Línea Investigación y Derecho del Grupo Derecho y Sociedad y también del Grupo de Estudio de Derecho Público de Medellín, dirigido por el profesor Fabián G. Marín Cortés.

*** Estudiante de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. E-mail: mayigomez02@gmail.com Integrante del semillero Procesos Investigativos dirigido por la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz de la Línea Investigación y Derecho del Grupo Derecho y Sociedad.

IDEAS BÁSICAS DEL CONCEPTO: DERECHOS SUBJETIVOS, DERECHOS FUNDAMENTALES Y DERECHOS SOCIALES, EN EL CONSTITUCIONALISMO COLOMBIANO

Introducción

En el sistema jurídico colombiano el concepto de los derechos fundamentales es dinámico, ya que no sólo se parte de los derechos fundamentales, en estricto sentido, los del Título II Capítulo 1 de la Constitución Nacional -Teoría Restrictiva-, sino que se da una redefinición del concepto como derecho constitucional dirigido a lograr la dignidad humana y que se puede materializar en un derecho subjetivo, llegándose a hablar, incluso, de Derechos Sociales Fundamentales (Arango, 2005) como una nueva forma de precisar el concepto¹.

La evolución de los derechos fundamentales se ha dado en forma paralela a la del Estado Social de Derecho; por ello, como una introducción, y una forma de aclarar algunos fundamentos dentro de la propia teoría de los derechos subjetivos, fundamentales y sociales, se hace una breve referencia a la evolución del Estado moderno, y en la medida de lo posible, se intenta mostrar su relación con ese tipo de derechos, en especial con los fundamentales y los sociales.

El antecedente más cercano de la protección de los derechos se da en el Estado Liberal Clásico², dentro del cual existieron dos principios: el individualismo y la limitación del poder, de los cuales se desprende la primera concepción sobre los derechos fundamentales, ya que se los concibe propios e inviolables del ser humano, lo que muestra el individualismo, pues son derechos del hombre individualmente

1 Al respecto señala Tulio Elí Chinchilla: “Ya se ha dicho bastante que la nueva dogmática colombiana sobre los derechos fundamentales recibió la influencia del constitucionalismo alemán y del español (de aquel a través de éste). Pero, como no puede ser de otra manera, de ellos tomó conceptos técnicos de factura muy europea y los adoptó, con no poca reelaboración, a nuestro contexto tercermundista. Resolvió problemas insolubles (sic) – como los de contenido esencial de derechos que por su naturaleza no pueden tenerlo (los derechos sociales de prestación) – y ensayó otras audacias tal vez poco rigurosas, pero que le han granjeado a la Corte Constitucional un alto grado de legitimación.” (2009, p. 194).

2 Partiendo de la dificultad conceptual que se tiene al momento de analizar, o realizar un recuento acerca de la evolución del Estado, se tendrán como sinónimos Estado Liberal Clásico y Estado de Derecho; y Estado de Bienestar y Estado Social de Derecho. No sin antes advertir, que dependiendo del área del derecho o de la ciencia con que se estudie al Estado, los conceptos anteriormente citados, pueden tener una diferenciación y explicar conceptos distintos.

concebido, y de la limitación del poder, porque el Estado no puede limitarlos, y mucho menos, transgredirlos.

Sin embargo, esta tipología estatal entró en una crisis que tuvo dos salidas, el Estado Social de Derecho y el Estado Totalitario; sobre el último, sólo basta afirmar que fue la idea radical de combatir los males del liberalismo y trajo consigo la vulneración de las garantías individuales (Vallejo Mejía, 1998, pp. 40-42). Por esta razón el Estado Social de Derecho no sólo surgió como medida para corregir los males del Estado de Derecho, sino para evitar y erradicar las perversiones del totalitarismo, la razón está en la reacción directa al “Positivismo extremo, al Fascismo y al Colectivismo que se generaba en Europa en los años veinte” (Londoño & González, 2001, p. 74).

Ahora bien, el discurso de los derechos, en general, en el nuevo Estado se basaba en una serie de argumentos morales que propendían por un avance, pero sin modificar lo conseguido, en otras palabras, no se podían olvidar los triunfos en las garantías de los derechos en el Estado Liberal Clásico, sin avanzar a las necesidades sociales de los individuos en el Estado Social de Derecho³.

No obstante, se puede afirmar que la aparición de los derechos sociales no fue gratuita, de allí que cuando se analice este tipo de derechos, se hará énfasis en la estructura del Estado y la necesidad de un *hacer* para garantizar el bienestar de los individuos, que en últimas se vislumbra como el de la sociedad en conjunto, entendiendo que el lleno de las garantías constitucionales no sólo se logra a través de las llamadas libertades negativas, sino que es imprescindible que el aparato estatal desencadene una serie de actuaciones positivas para alcanzar el goce efectivo de los derechos⁴.

Lo anterior muestra, y refuerza, la necesidad de conocer el Estado en el cual se pretende implementar la teoría de los derechos fundamentales y sociales, para lograr una

3 La importancia del proceso de intervención social del Estado en materia de derechos es que: “Todas las propuestas institucionales de reforma del Estado liberal o burgués coinciden en la necesidad de reconocer además de los derechos fundamentales de libertad, los derechos de prestación o derechos sociales, todo ello vinculado al reconocimiento de la Constitución como norma suprema” (Gómez Isaza, p. 91).

4 Luigi Ferrajoli hace énfasis en la importancia de los derechos, en especial de los fundamentales, dentro de la evolución del Estado como una forma de protección de los más débiles frente a las fuerzas del mercado capitalista: “(...) los derechos fundamentales, tal como han sido consagrados por la experiencia histórica del constitucionalismo, se configuran todos ellos –desde el derecho a la vida hasta los derechos de libertad, desde los derechos civiles y políticos hasta los derechos sociales- como *leyes del más débil* en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: de quien es más fuerte físicamente, como sucede en el estado de naturaleza hobbesiano; de quien es más fuerte económicamente, como sucede en el mercado capitalista; de quien es más fuerte militarmente, como sucede en la comunidad internacional” (2008, p. 6).

correcta defensa de los mismos, y mucho más, si se acepta la posibilidad de incluir categorías de derechos prestacionales como una forma de derechos fundamentales.

Por lo cual, el lenguaje de las tipologías de derechos objeto de estudio, se debe analizar a luz del Estado Social de Derecho, que es el modelo de Estado que impera y emana de nuestra Carta Política, pues sin ello no se puede defender de manera contundente la protección de los derechos, aún por encima de las realidades económicas⁵.

En este sentido, se pretende mostrar un concepto acorde a la doctrina especializada y la jurisprudencia colombiana, en torno a los derechos subjetivos, fundamentales y sociales. Es por eso, que la Corte Constitucional se convierte en el eje central, pues es ella la que ha desarrollado las ideas básicas sobre el concepto de las tres categorías de derechos utilizadas en el artículo, en especial, el concepto de derechos fundamentales.

Así mismo, aunado al análisis jurisprudencial, se desarrollarán los aportes de la doctrina más especializada sobre el tema, con el fin de complementar la jurisprudencia constitucional, que despliega el tópico que nos atañe; aclarando que no se pretende hacer un análisis etimológico de la cuestión, solamente se tratarán cuestiones de derecho constitucional, que le permitan al lector identificar con claridad las tipologías de derechos que se enmarcan dentro del constitucionalismo colombiano, con el fin de comprender las implicaciones de concebir un determinado derecho en una o varias de estas categorías, que en últimas determinará las garantías constitucionales que se tienen para el goce efectivo del mismo⁶.

1. Justificación de la clasificación

En la historia del derecho ha habido una constante afirmación de que existe un dualismo sistémico que se hace patente en distinciones como aquella sobre el derecho objetivo y subjetivo, entre derecho público y privado, entre el concepto de Estado como representación de poder, y el derecho mismo, como límite. Este dualismo no

5 No obstante, según la teoría económica, también hay una preocupación por los derechos, en la nueva teoría de bienestar fundamentada en los trabajos de Amartya Sen “muestra cómo el bienestar no se deriva de la opulencia ni de la declaración formal de libertades y derechos, sino de los funcionamientos, los cuales constituyen el principal logro de bienestar” (Casas, Cortés & Gamboa, 2003, pp. 158 y 159).

6 Un análisis sobre el por qué de los conceptos o categorías que los juristas utilizan en aras de identificar o comunicar algo, se puede ver el ensayo de Alf Ross “tû-tû”, donde se explica que el concepto (en el caso derecho subjetivo) “es un instrumento para la técnica de presentación que sirve exclusivamente fines sistémicos, y que en sí no significa ni más ni menos que ‘tû-tû’” (1973, p. 42).

sólo tiene utilidad para entender el derecho, sino que permite fijar límites conceptuales, que se traducen en límites prácticos al momento de ser aplicados.

De ello la necesidad lógica de realizar clasificaciones y tipologías que en últimas ayudan a entender, o a enredar, los asuntos, según sea la óptica con que se mire. En este tipo de trabajos y con el ánimo de simplificar todas las clasificaciones posibles que se tienen, se ha resuelto tener sólo tres categorías básicas sobre los derechos, que son: subjetivos, fundamentales y sociales⁷.

La razón, aparte de la simplicidad para el entendimiento, es que dentro de la jurisprudencia constitucional colombiana estos términos son los que se han desarrollado con mayor énfasis; claro está, que no son los únicos conceptos jurídicos que se precisarán, pero sí lo serán, cuando se hable de la clasificación de los derechos. Dicho lo anterior, el texto maneja un lenguaje que se enmarca en el derecho constitucional colombiano, lo anterior no es óbice para que en ciertos apartes se haga uso de materias ajenas a esta área del derecho, con el fin de aclarar conceptos.

2. Acercamiento al concepto de los derechos subjetivos

El concepto de derecho subjetivo, propiamente dicho, no sólo cuenta con un trasegar histórico dentro del derecho, sino que aún mantiene vigencia y total relevancia en aspectos fundantes del mismo. Basta con mencionar el caso del concepto de derechos fundamentales, los cuales se encuentran actualmente en una relación de necesidad con el concepto de derecho subjetivo, ya que para la Corte Constitucional colombiana todo derecho fundamental para ser exigible debe estar contenido o ser convertible en un derecho subjetivo⁸ (Chinchilla, 2009. p. 48, 168).

Ahora bien, con el propósito de entender el recorrido conceptual e histórico del derecho subjetivo, deben revisarse las diferentes perspectivas desde las que se ha tratado el mismo. Ramiro J. Prieto Molinero señala que el concepto moderno de derecho subjetivo recién aparece a mediados del siglo XIX de la mano de autores como Savigny, Windscheid y Ihering; a los dos primeros se les debe la formulación

7 Aclarando que dentro del artículo algunas categorías son una mixtura de las dos o tres, el caso más emblemático es el de los derechos sociales fundamentales, los cuales se explicarán más adelante.

8 En la misma vía manifiesta Luigi Ferrajoli, sobre los mismos, que “Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos dotados de status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar” [subrayas fuera del texto] (2005, p. 19), coincidiendo con la posición de la Corte Constitucional, y permitiendo observar la preeminencia del concepto de derecho subjetivo.

del derecho subjetivo como poder de la voluntad, y al último de ellos se le debe que hablara de un interés jurídicamente protegido (2010, pp. 26 y 27).

Kelsen menciona que la distinción entre derecho objetivo y subjetivo tiene la manifiesta finalidad de limitar el dominio del derecho positivo (2009, pp. 145 - 146). De allí que, para Kelsen entender el derecho en un sentido objetivo y en un sentido subjetivo, es manifestar abiertamente una contradicción y un absurdo lógico, toda vez que el derecho objetivo bajo esa perspectiva, es entendido con un carácter netamente normativo (conjunto de normas), en tanto el derecho subjetivo tendría un contenido de interés o voluntad, siendo de esta manera el derecho subjetivo un interés protegido por el derecho objetivo, una voluntad que se encuentra reconocida y garantizada por el derecho objetivo⁹ (p. 146).

Dicha posición ha sido llamada negativa del derecho subjetivo, en tanto discute la existencia de un derecho subjetivo autónomo, ya que siempre pretenderá enmarcarse en un sistema jurídico determinado, en otras palabras, es la negación del *ius naturalismo*, en contraposición con el positivismo que procesa el jurista Hans Kelsen, ya que no afirma la existencia de derechos pre jurídicos, sino unos derechos que han sido otorgados por el ordenamiento jurídico al individuo, por lo que el concepto del derecho subjetivo está ligado, necesariamente, a la obligación (Dalbin, 2006, pp. 23 y ss.).

Contrario a lo expresado por Kelsen, algunos autores han resaltado la importancia de los derechos subjetivos, uno de ellos, Jean Dalbin señala que el derecho subjetivo “es esencialmente una *pertenencia-domino*, en la que la pertenencia es causa y determina el dominio” (2006, p. 95) por pertenencia entiende el autor como un bien o valor ligado a un sujeto por un lazo de pertenencia consagrado en el derecho objetivo (pp. 95 – 102), y por dominio (*dominium*) entiende es el poder que le entrega el ordenamiento a una persona (pp. 102 – 109). Finalmente, concluye el precitado autor:

(...) el derecho subjetivo es la prerrogativa, concedida a una persona por el derecho objetivo y garantizada con vías de derecho, de disponer como dueño de un bien que se reconoce que le pertenece, bien como suyo, bien como debido. Naturalmente, esta pertenencia y ese dominio sólo existen en los límites (sic) más o menos estrechos, de extensión o incluso de finalidad,

9 Entender el derecho subjetivo como la imposición de la voluntad de un sujeto sobre los demás, pasa por alto que ninguna persona puede imputarse derechos, siendo que un derecho supone la obligación de otro sujeto, dicha relación no puede nacer por la mera imposición (Kelsen, pp. 140 y 141), para aceptar la existencia de un derecho subjetivo se hace totalmente necesario de la atribución de ese derecho por parte del derecho objetivo, y su ineludible preexistencia, pues sin esta no es dable hablar de la existencia misma de un derecho subjetivo.

que les asigna el derecho objetivo. Pero dentro de estos límites el titular del derecho, (sic) subjetivo tiene el pleno dominio de su bien (p. 121).

Ahora bien, otros autores han teorizado igualmente sobre este concepto reflejando aspectos y características similares, o puntos en común en los que convergen las diversas estructuraciones conceptuales; al respecto Luigi Ferrajoli manifiesta que entiende por “derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por status la condición de un sujeto, prevista de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicios de estas” (2005, p. 19).

En el caso de Robert Alexy, el concepto de derecho subjetivo no es una prioridad, mas sí el problema o la pregunta que se busca responder con él (2003, p. 151), así que para él la importancia radica es en torno a los conceptos de norma y posición, dado que la norma expresa enunciados normativos, algunas de ellas confiriendo derechos frente a algo, y si esa norma permite a un individuo tomar una posición dentro de ella, o ubicarse figurativamente en el enunciado de la norma, entonces puede predicarse que ese individuo tiene una posición jurídica determinada, lo que a final de cuentas le permite exigir, de ese alguien, aquel derecho de que trata el enunciado (la norma) (p. 153).

Concluyendo al fin que para este autor el derecho subjetivo se resume en posiciones y relaciones jurídicas (p. 166), tomando como base para su posición, la aclaración que trae de Von Ihering quien sostiene que “[d]os son los elementos que constituyen el concepto del derecho, uno sustancial, en el que reside el fin práctico del mismo, es decir, la utilidad, ventaja, ganancia, que ha de ser conferida por el derecho, y uno formal que se comporta sólo como un medio para aquel fin, este medio es la protección del derecho, la demanda” (Alexy, p. 157). Traduciendo esta idea de demanda, en exigibilidad.

Hasta este punto no existe dificultad en afirmar que el concepto de derecho subjetivo es, y sigue siendo, central dentro de la teoría jurídica, pues este concepto se refiere a situaciones “provechosas amparables en la norma” (Chinchilla. p. 48).

Precisamente los derechos subjetivos, como se mencionó atrás, comportan dentro de su estructura la potestad para exigir a otro el cumplimiento de un deber que deviene de una norma jurídica, a través del ejercicio de acción judicial.

Según lo dicho por Rodolfo Arango frente al concepto del derecho subjetivo, se establece un concepto en sentido estrecho, el cual está conformado por: una norma jurídica (M1), una obligación jurídica (M2) y una posición jurídica (M3). Y señala el autor que todo lo que contenga estos tres requisitos es un derecho subjetivo (2005, p. 9).

Así mismo el profesor Chinchilla, sobre el concepto de derecho subjetivo manifiesta que “tener un derecho subjetivo significa que para alguien existe una facultad, derivada de una norma jurídica, para exigir a otra persona o institución el cumplimiento de un deber específico impuesto por el derecho positivo, aún mediante el ejercicio de una acción judicial (garantía judicial de la acción)” (2009, p.16).

Para indicar la estructura de algo se debe partir de su concepción, así que se hace necesario intentar una aproximación conceptual a los derechos subjetivos, la cual parte de las posiciones argumentativas de los anteriores autores. Entonces, se entienden los derechos subjetivos como una potestad que se encuentra reconocida por el ordenamiento jurídico y que coloca al individuo en una posición jurídica para exigirlo.

3. El Concepto de los derechos fundamentales

Como se ha aclarado al principio de este texto, la Corte Constitucional colombiana es prolija en la producción jurisprudencial acerca de los derechos fundamentales, no sólo sentando precedentes que permiten a los operadores jurídicos acercarse al tema y saber aplicar las normas jurídicas pertinentes, sino que ha hecho doctrina constitucional¹⁰, creando y moldeando conceptos que se adapten a la estructura del sistema jurídico colombiano. En este sentido, la doctrina en estricto sentido¹¹, es corta y no alcanza a explicar todas las dimensiones del concepto de derechos fundamentales en Colombia.

Ahora bien, estas razones no son óbice para que se consulten los autores más representativos del tema, más que todo, para explicar conceptos jurídicos que apoyan la teoría de los derechos fundamentales creada por la Corte. En este sentido, los comentarios a la línea, ya muy delimitada por la propia Corte, y por autores como el profesor Chinchilla (2009), permiten entender al lector, cuál es el concepto actual de los derechos fundamentales en Colombia.

10 En sentencia C-252 de 2001 Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz, la Corte señaló: “la doctrina constitucional es la Constitución misma que, dada su generalidad, tiene que ser aplicada a través de los usos concretos de la misma, hechos por su intérprete natural.” En la misma sentencia se refiere a la sentencia hito en esta materia a la sentencia C-083 de 1995 del mismo Magistrado Ponente.

11 Según Miguel S. Marienhoff: “Por ‘doctrina’, o ‘derecho científico’, ha de entenderse la opinión de los estudiosos del derecho acerca de cuestiones jurídicas, como así las soluciones que proponen al respecto. Dichas cuestiones, por lo general, no se hayan reguladas legalmente, pero nada obsta a que la opinión de los autores se refiera a la interpretación de normas positivas.” (2003, p. 308)

La línea jurisprudencial en esta materia ha tenido varios cambios significativos, sin embargo como ya lo señaló el profesor Tulio Elí Chinchilla (2009), la sentencia hito sobre el tema que reordena la línea, es la Sentencia T-227 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett, es en dicho fallo que la jurisprudencia de la Corte Constitucional adopta un carácter de permanencia y los fallos posteriores son confirmadores de línea¹².

Primera postura:

Los derechos fundamentales como esenciales para los seres humanos

Las primeras sentencias de la Corte Constitucional vinculan los derechos fundamentales con el concepto de esencialidad e inalienabilidad del derecho para la persona (Sentencias T-001 de 1992¹³ y T-462 de 1992) o con el criterio de aplicación directa, es decir que no tuvieron necesidad de una norma legal para hacerlo efectivo de manera inmediata y que gozan de un contenido básico que no puede ser discutido por las mayorías políticas, en un claro enfoque *iusnaturalista*¹⁴ del derecho (Sentencia T-406 de 1992).

En este sentido vale la pena referirse a varios pronunciamientos hechos por la Corte en este periodo de tiempo. La sentencia T-418 de 1992 señaló que

Los derechos obtienen el calificativo de fundamentales en razón de su naturaleza, esto es, por su inherencia con respecto al núcleo jurídico, político, social, económico y cultural del hombre. Un derecho es fundamental por reunir estas características y no por aparecer reconocido en la Constitución Nacional (sic) como tal. Estos derechos fundamentales constituyen las garantías ciudadanas básicas sin las cuales la supervivencia del ser humano no sería posible.

Hay que advertir que como son los primeros pronunciamientos del máximo tribunal de lo constitucional, es claro que quería superarse la tesis restrictiva de los derechos fundamentales, que avocaban una protección enfocada únicamente a los derechos

-
- 12 Aunque no se utilizará rigurosamente el método propuesto por Diego Eduardo López Medina, sí se tomarán las bases. Sobre el estudio de la línea jurisprudencial puede consultar el Capítulo 5 de la obra de Diego Eduardo López Medina *El Derecho de los jueces* (2006, pp. 139-192)
- 13 En Sentencia T-1306 del 2000, la Corte reitera el concepto que se marcó con la primera jurisprudencia en dicha materia, lo que confirmaría la línea jurisprudencial, en la sentencia referenciada se negó la tutela del servicio público de telefonía por no ser esencial al ser humano.
- 14 Según la Sentencia T-406 de 1992: “El concepto de ‘contenido esencial es una manifestación del iusnaturalismo racionalista del siglo XVIII, según el cual, existe un catálogo de derechos anteriores al derecho positivo, que puede ser establecido racionalmente y sobre el cual existe claridad en cuanto a su delimitación conceptual, su titularidad y el tipo de deberes y obligaciones que de él se derivan.”

consagrados en el Capítulo 1 del Título II de la Constitución Política, pues en el sentir de la Corte, muchos de los derechos que tienen el carácter de fundamentales no están en la lista, amplia o restringida, según se vea, de los derechos fundamentales expresamente consagrados en la Constitución.

Es por tanto, el primer criterio creado por la Corte, el cual permite la ampliación de los derechos fundamentales, sea por fuerza del reconocimiento de los derechos supremos de los seres humanos, concepción iusnaturalista de los mismos, o por una concepción pragmatista de los mismos, que dependerá de los desarrollos de la sociedad para considerar fundamentales o no, en línea de lo expuesto por Rodolfo Arango (2008).

Segunda postura:

Los derechos fundamentales como derechos subjetivos

La otra tendencia de la Corte Constitucional en materia de derechos fundamentales, fue la acogida como derechos que se transmutan en derechos subjetivos (Sentencias SU-225 de 1998 y SU-819 de 1999). Claramente la Corte acoge un criterio que muestra que los derechos fundamentales se deben ver plasmados en un derecho subjetivo, que como señalamos anteriormente, cumple con una serie de características.

En la misma línea de la Corte Constitucional, Rodolfo Arango se refiere a los derechos fundamentales considerando que son derechos subjetivos con un alto grado de importancia¹⁵, apoyándose en John Rawls lo denomina como un concepto “bien desarrollado” (2005, p. 268 y 2008, p. 36).

Nótese que el criterio principal es la existencia de un derecho subjetivo para la concreción de las garantías propias de los derechos fundamentales, lo que implica que los derechos deben ser unas garantías que tienen los sujetos frente a otros, por el otorgamiento del derecho objetivo, que se plasma en la disposición de un bien.

Confirmatoria de esta línea, es la sentencia SU-819 de 1999 en la cual se trata el tema de la trasmutabilidad de los derechos sociales en derechos subjetivos¹⁶, y su

15 Una explicación de los derechos fundamentales como derechos subjetivos con alto grado de importancia, es: “compatible con el enfoque pragmatista: presenta una estructura dialógica, discursiva, e implica un juicio valorativo de fundamentalidad que puede justificarse racionalmente bien sea acudiendo a la solidaridad o bien a valores epistémicos compartidos por los operadores del derecho e identificables con aceptabilidad garantizada bajo condiciones ideales.” (Arango, 2008, pp. 37)

16 En este sentido expresa la Corte: “Según lo ha expresado la jurisprudencia constitucional, estos derechos son prestacionales propiamente dichos, para su efectividad requieren normas presupuestales, procedimientos y organización, que hagan viable el servicio público de salud y que sirvan, además, para mantener el equilibrio del sistema. La implementación de este servicio requiere, entre otros aspectos, de la creación de estructuras destinadas a atenderlos y de la asignación de recursos con miras a que cada vez un mayor número de personas acceda a sus

afectación puede acarrear la violación de los derechos fundamentales como lo son la vida o mínimo vital¹⁷.

Tercera postura (actual):

Los derechos fundamentales como derechos subjetivos, que garanticen la dignidad humana

La línea jurisprudencial manejada por la Corte Constitucional no había sido muy clara, lo que generó una coalición de posiciones muy diferentes, hasta 2003, año en el que se falla la sentencia T-227, con la cual, se da un cambio radical sobre el concepto de derecho fundamental. Este nuevo concepto se desarrolla en la sentencia T- 227 de 2003, en la cual se expresó:

(...) será fundamental todo derecho constitucional que funcionalmente esté dirigido a lograr la dignidad humana y sea traducible en un derecho subjetivo. Es decir, en la medida en que resulte necesario para lograr la libertad de elección de un plan de vida concreto y la posibilidad de funcionar en sociedad y desarrollar un papel activo en ella. Tal necesidad no está determinada de manera apriorística, sino que se define a partir de los consensos (dogmática del derecho constitucional) existentes sobre la naturaleza funcionalmente necesaria de cierta prestación o abstención (traducibilidad en derecho subjetivo), así como de las circunstancias particulares de cada caso (tópica).

Esta definición “apareció como un *obiter dictum* de la misma [sentencia], y luego fue adquiriendo carácter de definición oficial de nuestra jurisprudencia al ser invocada reiteradamente como premisa conceptual recurrente de innumerables sentencias de la Corte Constitucional. Por el alto grado de reiteración de esta tesis en diferentes salas de tutela, podemos decir que se trata de una nueva línea de la jurisprudencia” (Chinchilla, 2009, p.167).

De acuerdo con lo esbozado por el profesor Chinchilla, la Corte marca una nueva línea jurisprudencial, o recoge una postura, en cuanto a la reiteración de la tesis

beneficios. Por ello, en principio los derechos de contenido social, económico o cultural, no involucran la posibilidad de exigir del Estado una pretensión subjetiva” (Sentencia SU-819 de 1999. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis)

17 Señala la Corte: “Los derechos económicos, sociales o culturales se tornan en fundamentales cuando su desconocimiento pone en peligro derechos de rango fundamental o genera la violación de éstos, conformándose una unidad que reclama protección íntegra, pues las circunstancias fácticas impiden que se separen ámbitos de protección. A toda persona le asiste el derecho a la protección de un mínimo vital ‘por fuera del cual el deterioro orgánico impide una vida normal’ y en la medida en que la vida abarca las condiciones que la hacen digna, ‘ya no puede entenderse tan sólo como un límite al ejercicio del poder sino también como un objetivo que guía la actuación positiva del Estado’” (Sentencia SU-819 de 1999).

sobre los derechos fundamentales. No obstante esta tesis abarca las dos anteriores, en tanto toma elementos de las mismas en una mezcla, resultante del nuevo concepto de los derechos fundamentales.

Continuando con lo expuesto por Chinchilla, de la definición propuesta en la Sentencia T-227 de 2003, se puede afirmar que los derechos fundamentales deben reunir una serie de requisitos para entenderse como tal: “a) ser un derecho de fuente o rango constitucional; b) ser un derecho que sirve como instrumento para (cumple función de) acercarnos al ideal ético de la dignidad humana o ayudar a realizarlo en la práctica, y c) ser un derecho que admite ser convertido o concretado (traducido) en un derecho subjetivo” (p.167).

Como se observa de los requisitos, se recogen los fallos anteriores de la Corte y se reúnen para la nueva definición, pues: i) El criterio de que sean esenciales para el ser humano se mantiene, al mantener y reforzar el criterio de la dignidad humana (*Primera postura*), ii) Los derechos fundamentales deben transmutarse en un derecho subjetivo (*Segunda Postura*), iii) Mantiene el reconocimiento del rango de los derechos fundamentales, anclándoles a la Constitución o al Bloque de Constitucionalidad.

Sin embargo la propia Corte y el mismo Magistrado Ponente, tratan de mitigar los efectos y de devolverlos a la primera postura, en la sentencia T-423 del 2003, se expone:

En este sentido serán derechos fundamentales sólo aquellos que puedan ser catalogados como universales “en el sentido lógico de la cuantificación universal de la clase de los sujetos que son sus titulares”¹⁸, que son indisponibles e inenajenables por su propio titular y por el Estado (contramayoritarios), que tienen su título *ex lege* o *ex constitutionem*, que establecen relaciones verticales (relaciones de poder, jerarquía o subordinación), y que cuentan con una protección judicial reforzada (acciones ordinarias y acciones especiales como la de tutela).

Ahora bien, la definición novedosa y muy garantista de los propios derechos constitucionales fundamentales, resulta problemática en el sentido de que hay que precisar los conceptos tan complejos que se manejan en la definición, es así que el concepto de dignidad debe ser precisado, al igual que el ya trabajado, el de los derechos subjetivos. Sobre lo mismo, Chinchilla afirma:

No obstante su contextura abstracta y difusa, a estos tres derechos [Dignidad Humana, Mínimo Vital y Vida Digna] se les ha atribuido aplicabilidad directa e incluso núcleo esencial. ¿Cómo podría ser la dignidad humana - valor supremo

18 Cita la Corte: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Luigi Ferrajoli. Trotta; Madrid, 2001.

en varias escuelas de filosofía ética- un derecho de aplicación directa? ello solo es admisible si tan polivalente y difuso postulado se concreta en derechos subjetivos que el operador jurídico pueda reclamar y el juez pueda amparar mediante órdenes específicas de dar, hacer o no hacer cuyos destinatarios sean sujetos jurídicos. (institucionales o particulares) identificados. (p.170).

No obstante la propia Corte Constitucional ha precisado el concepto de los derechos fundamentales, en tanto, es ella como operadora jurídica y más que ello, como la idónea para hacerlo, la encargada de definir los requisitos particulares de cada derecho, en el entendido de derechos fundamentales (T-859 de 2003 Magistrado Ponente: Eduardo Montealegre Lynett¹⁹).

Concepto de la dignidad

En sentencia T-881 de 2002, la Corte analizó *in extenso* la jurisprudencia propia sobre el concepto de dignidad humana. Se enfatiza que la Corte concluyó en su síntesis que la comprensión de la dignidad humana ha partido de tesis naturalistas o esencialistas y se ha movido hacia posturas normativas y funcionales. En este sentido, se expresó en la sentencia:

Al tener como punto de vista el objeto de protección del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado a lo largo de la jurisprudencia de la Corte, tres lineamientos claros y diferenciables: (i) La dignidad humana entendida como autonomía o como posibilidad de diseñar un plan vital y de determinarse según sus características (vivir como quiera). (ii) La dignidad humana entendida como ciertas condiciones materiales concretas de existencia (vivir bien). Y (iii) la dignidad humana entendida como intangibilidad de los bienes no patrimoniales, integridad física e integridad moral (vivir sin humillaciones).

En el mismo pronunciamiento, y como forma de puntualizar el concepto de la dignidad humana, en cuanto se trata de protección, la Corte ha señalado:

19 En la sentencia se definen los elementos que debe tener el derecho a la salud para que se considere como un derecho fundamental autónomo, sin necesidad de vincularlo con la vida u otro derecho fundamental. Señala la Corte: así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de los elementos derivados de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N°14. Lo anterior por cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada uno de los subsistemas –contributivo, subsidiado, etc.-. La Corte ya se había pronunciado sobre ello al considerar el fenómeno de la transmutación de los derechos prestacionales en derechos subjetivos” (Sentencia T-859 de 2003)

De otro lado al tener como punto de vista la funcionalidad, del enunciado normativo “dignidad humana”, la Sala ha identificado tres lineamientos: (i) la dignidad humana entendida como principio fundante del ordenamiento jurídico y por tanto del Estado, y en este sentido la dignidad como valor. (ii) La dignidad humana entendida como principio constitucional. Y (iii) la dignidad humana entendida como derecho fundamental autónomo.

Ahora bien, la definición de cada uno de los conceptos por la Corte es importante hacerlo por separado. En este sentido, el primer lineamiento la dignidad humana como valor: Señala la Alta Corte de lo Constitucional que como valor fundante del Estado Social de Derecho pasa del ámbito axiológico hacia el jurídico, en tanto marca una estrecha relación entre la democracia constitucional y la concepción del Estado Social de Derecho. Se enmarca en el fundamento del ordenamiento jurídico y la base axiológica de la Constitución (Sentencias T-401 de 1992, T-499 de 1992 y T-011 de 1993)

De igual forma, se aclara que esta postura solamente clarifica el concepto, mas no tiene otra aplicación práctica dentro del ordenamiento jurídico, en otras palabras, esta postura asumida por la Corte en la línea atrás reseñada, tiene un valor muy pobre en la clarificación acerca de la dignidad humana como característica propia de todo derecho fundamental.

El segundo y el tercer lineamiento de la dignidad humana usado por la Corte Constitucional: a) como principio constitucional y b) como derecho fundamental autónomo, hacen parte de lo que entiende la propia Corporación de lo Constitucional como los enunciados normativos, ya que están en la Constitución como un mandato, no obstante las diferencias en las consecuencias de considerar la dignidad humana como un derecho.

Como principio constitucional la Corte remarcó:

El principio de dignidad humana, se constituye como un mandato constitucional, un deber positivo, o un principio de acción, según el cual todas las autoridades del Estado sin excepción, deben, en la medida de sus posibilidades jurídicas y materiales, realizar todas las conductas relacionadas con sus funciones constitucionales y legales con el propósito de lograr las condiciones, para el desarrollo efectivo de los ámbitos de protección de la dignidad humana identificados por la Sala: autonomía individual, condiciones materiales de existencia, e integridad física y moral. (Sentencia T-881 de 2002)

Constituye la dignidad humana un principio de carácter negativo (no hacer del Estado y las autoridades²⁰) y uno positivo (hacer del Estado y las autoridades) que

20 En tanto varias de las sentencias que utiliza la Corte Constitucional para delimitar el concepto, señalan que no sólo es la actividad del Estado y sus organismos la que debe respetar la dignidad humana, sino los particulares que sean investidos de la calidad de autoridad pública. En palabras textuales de la Corporación: “Los derechos

es de obligatorio cumplimiento y que busca el desarrollo de los fines esenciales del Estado Social de Derecho.

Finalmente el tercer lineamiento de la dignidad humana, como derecho fundamental autónomo es un poco más complejo que los dos anteriores, en tanto, marca una postura que puede ser contraria con la argumentación lógica, pues señala que el fundamento de la dignidad humana es la propia dignidad humana, en otras palabras un contrasentido.

Esta última idea tiene que ser explicada con detenimiento. En primer término, hay que considerar que el derecho a la dignidad humana debe ser un derecho subjetivo. La Corte Constitucional afirmó al respecto: “El derecho a la dignidad humana, se constituye como un derecho fundamental autónomo, y cuenta con los elementos de todo derecho: un titular claramente identificado (las personas naturales), un objeto de protección más o menos delimitado (autonomía, condiciones de vida, integridad física y moral) y un mecanismo judicial para su protección (acción de tutela). Se consolida entonces como verdadero derecho subjetivo.” (Sentencia T-881 de 2002).

Conforme al fallo de la Corte Constitucional, no hay duda de que el derecho a la dignidad humana es un derecho subjetivo. Pasando a la cuestión del fundamento que debe tener todo derecho fundamental el cual es la dignidad humana, es donde está el contrasentido. En este sentido, la Corte ha fallado varios casos en los cuales se protege el derecho a la dignidad humana como derecho fundamental autónomo, sin desconocer su función como fuente de los demás derechos. En la Sentencia T-477 de 1995, afirmó la Corte:

El derecho a la identidad, y más específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho ‘Opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución’. El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la dignidad Humana. (Magistrado Ponente: Alejandro Martínez Caballero. Subrayas fuera del texto).

fundamentales no incluye sólo derechos subjetivos y garantías constitucionales a través de los cuales el individuo se defiende frente a las actuaciones de las autoridades públicas, también incluye deberes positivos que vinculan a todas las ramas del poder público. No sólo existe la obligación negativa por parte del Estado de no lesionar la esfera individual, también existe la obligación positiva de contribuir a la realización efectiva de tales derechos. La razón jurídica que explica este compromiso positivo del Estado se encuentra en el mandato constitucional según el cual, el Estado colombiano se funda en el valor de la dignidad humana, lo cual determina, no sólo un deber negativo de no intromisión sino también un deber positivo de protección y mantenimiento de condiciones de vida digna.” (Sentencia T-596 de 1992 Magistrado Ponente: Ciro Angarita Barón).

Es preciso señalar que la Corte no desconoce el contrasentido generado por la propia jurisprudencia, tan es así, que muchas veces ha querido saldarlo mostrando que la jurisprudencia ha vinculado al derecho de la dignidad humana con otros derechos fundamentales y que son éstos los que se protegen y no propiamente el derecho de la dignidad humana, es decir, la dignidad no sería un derecho fundamental sino un principio constitucional, segunda postura (Apartes de la sentencia T-881 de 2002).

Abandonando esta concepción minimalista del derecho a la dignidad humana, la Corte ha pasado del ámbito naturalista (condiciones intrínsecas del ser humano) o una concepción normativista o funcionalista en las cuales se preocupa más por el ámbito social del ser humano. Señala la Corte Constitucional:

Con esto no se trata de negar el sustrato natural del referente concreto de la dignidad humana (la autonomía individual y la integridad física básicamente), sino de sumarle una serie de calidades en relación con el entorno social de la persona. De tal forma que integrarían un concepto normativo de dignidad humana, además de su referente natural, ciertos aspectos de orden circunstancial determinados por las condiciones sociales, que permitan dotarlo de un contenido apropiado, funcional y armónico con las exigencias del Estado social de derecho y con las características de la sociedad colombiana actual (Sentencia T-881 de 2002).

En definitiva, el derecho a la dignidad humana es un derecho fundamental autónomo, en cuanto adquiere las característica de los mismos, ya que se basa en el principio de la dignidad humana, es decir la dignidad humana es diferente como derecho que como principio o valor, así pues, queda saldado el contrasentido planteado y se muestra que la dignidad humana es un principio, un valor y un derecho fundamental autónomo, pero cuando es el soporte de los demás derechos fundamentales es un principio constitucional de obligatorio cumplimiento.

4. El concepto de los derechos sociales

A diferencia de los derechos fundamentales, el concepto de los derechos sociales ha sido decantado por la doctrina constitucional, y no tanto desde la jurisprudencia, tal vez, por el hecho de que la acción idónea para la protección de dichos derechos, la acción popular, no ha tenido relevancia como la tuvo la acción de tutela.

Las concepciones acerca de este tipo de derechos van desde aquellas que niegan la posibilidad de fundamentar los derechos sociales como verdaderos derechos y entienden estos como simples metas o fines políticos, hasta las que argumentan la

posibilidad de entender los derechos sociales como verdaderos derechos subjetivos con plena garantía judicial.

Dentro de las múltiples concepciones que ha habido, se enunciarán las que Carlos Bernal Pulido (2005, pp. 302 y ss.) considera como las más importantes, esto con el fin de hacer un pequeño recuento de las luchas doctrinales que se han dado por la concepción de los derechos sociales dentro de la doctrina constitucional más relevante. Dichas posturas, el precitado autor las sintetizó así:

La primera de ellas define los derechos sociales como disposiciones programáticas. Para los defensores de esta teoría estos derechos son metas programáticas carentes de cualquier contenido jurídico vinculante, y por tanto se confunden con fines políticos que no tienen ninguna posibilidad de ser exigibles judicialmente.

La segunda acepción refiere a los derechos sociales como fines del Estado. Los que se inscriben en esta propuesta sostienen que la idea de los derechos sociales como *normas de programación final* que, de acuerdo con Bernal Pulido, indican al Estado el deber de alcanzar un objetivo determinado, pero no se señala la forma ni los medios necesarios para conseguirlos (pp. 307 a 311).

Una tercera teoría plantea la idea sobre los derechos sociales como mandatos objetivos. Esta se explica recurriendo a Böckenförde (1993), quien establece que las disposiciones de derechos sociales se concretan en mandatos jurídicos objetivos, dirigidos al Legislador. Esta postura se fundamenta en el carácter indeterminado de las normas que consagran los derechos sociales, y por ello no es posible otorgar a un sujeto determinado el derecho a acudir ante un juez, dado que carecen de un medio específico para su realización.

Una cuarta postura entiende los derechos sociales como derechos definitivos. Esta teoría explica el carácter normativo y vinculante de estos derechos a través de posiciones jurídicas definitivas²¹. De acuerdo con esto, las posiciones jurídicas definitivas imponen al legislador el deber de realizar actuaciones tendientes a encontrar los medios que permitan el goce efectivo del derecho. Por tanto, si bien se reconoce una potestad configurativa del legislador, en materia de derechos sociales, se establece una cláusula de no retroceso social, por lo cual el legislador está impedido para limitar o desaparecer las medidas que ya se han tomado como garantía de realización de estos derechos.

21 De acuerdo con el profesor Rodolfo Arango una posición jurídica es la relación deóntica de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (g) de otro (s). En este sentido sustancial o de contenido, una posición es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser reconocida y protegida *prima facie* porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo (2005).

Finalmente la última postura define los derechos sociales como derechos *prima facie*. Ella nace como objeción a la noción de derechos sociales como derechos definitivos, dado que de acuerdo con lo dicho por autores como Alexy (2002) y Borowsky (2003), los enunciados de derechos sociales dan lugar a normas y posiciones *prima facie*, que admiten restricciones legislativas, siempre que sean proporcionadas.

Estas cinco posturas son las principales concepciones derivadas de los derechos sociales, en las que se ha mantenido el debate acerca de la relación de estos derechos dentro de las cartas políticas, y en las que tanto detractores como defensores se han escudado para fundamentar sus teorías. Dentro de las enunciadas es claro que la doctrina, por lo menos la colombiana, y la misma jurisprudencia, se han acercado a posturas como la última enunciada. Para ellos que ven en los derechos sociales una posibilidad de concreción normativa que permite derivar su carácter de verdaderos derechos, a través de la noción de derechos subjetivos, la vía para alcanzar su vinculación jurídica, por lo cual se estudiarán los derechos sociales como derechos subjetivos como posibilidad de alcanzar su justiciabilidad.

Asimilación del concepto: los derechos sociales como derechos subjetivos

Para estudiar de forma minuciosa la posibilidad de expresar los derechos sociales dentro de la estructura de los derechos subjetivos, es menester realizar un recuento de las características que recubren a los derechos sociales, así como los aportes doctrinarios que se han realizado en torno a su definición.

Los derechos sociales han sido identificados como derechos prestacionales, que requieren acciones positivas del Estado para su concreción. De esta forma Luis Prieto Sanchís, en relación a los derechos sociales señala: “(...) los derechos económicos, sociales y culturales presentan una fisonomía jurídica muy particular, ya que en su mayoría son derechos prestacionales, esto es, derechos cuya satisfacción no requiere abstención de poderes públicos o de otros sujetos, si (sic) una acción o deber de contenido positivo; piénsese en el derecho a la salud, a la educación, a la vivienda, etc.” (1990, p. 187).

En esa misma línea, Bobbio establece que los derechos sociales “expresan la maduración de nuevas exigencias, digamos incluso de nuevos valores, como los del bienestar y de igualdad, no solamente formal, que se podrían llamar libertad a través o por medio de Estado” (1991, p. 71).

Según la profesora Luisa Fernanda Cano Blandón los derechos sociales son aquellos que imponen al Estado obligaciones de *hacer*; de planificar y ejecutar políticas para

redistribuir el bienestar, a diferencia de los civiles y políticos, frente a los cuales, su función es abstenerse, por ello la consagración de los derechos sociales es diferente a su realización, porque su sola consagración no es suficiente para garantizar su ejecución, por lo cual el reconocimiento constitucional de los derechos sociales no ha fijado la efectividad de aquellos, lo que ha obstaculizado la posibilidad de hacerlos exigibles judicialmente (2005, p.117).

Es precisamente la necesidad de buscar un medio por el cual lograr la judiciabilidad de estos derechos de carácter eminentemente prestacional que se intenta, a través de la noción de los derechos subjetivos, alcanzar la exigencia judicial de los mismos. Sobre este punto, es necesario precisar qué se entiende por ‘exigibilidad’ y qué por ‘judiciabilidad’:

Apoyándose en lo dicho por la profesora Cano, un derecho puede ser exigido por su titular a través de diferentes mecanismos –considerando las vías legales, obviamente– tales como protestas y manifestaciones públicas, petición por vía administrativa de su cumplimiento, huelgas, entre otros. Pero aclara que la posibilidad de hacer exigible un derecho depende de la existencia de una obligación correlativa de un sujeto determinado a quien se le pueda hacer exigible dicha obligación, es decir, que sea traducible en un derecho subjetivo (p.117).

Por otro lado, se afirma que un derecho es justiciable, o que se caracteriza por su justiciabilidad, “cuando se da la posibilidad al titular del derecho de poner en conocimiento de la autoridad judicial pertinente, la vulneración de su derecho, con el fin de que sea el juez quien imponga coactivamente el cumplimiento de la obligación” (p.117).

Pero el camino hacia la posibilidad de incluir los derechos sociales dentro del formato de derechos subjetivos no es sencillo, y cuenta con grandes detractores que argumentan en contra de esta postura. Las dificultades principales que pueden argüirse frente a la consideración de los derechos sociales como derechos subjetivos son: a) el carácter indeterminado de las normas que los consagran y b) La erogación de presupuesto público que demanda su realización.

Pese a las objeciones esgrimidas, los defensores de la garantía judicial de los derechos sociales ven plausible la adscripción de éstos como derechos subjetivos y presentan algunas objeciones frente a los obstáculos a los derechos sociales.

Frente al argumento del carácter indeterminado de los derechos sociales enunciado por Böckenförde (1993, pp 78 yss.), autores como Bernal Pulido consideran bastante discutible que de la indeterminación del objeto se siga la consecuente negación del sujeto a reclamar una determinada acción, y mucho menos que por esta razón se elimine la posibilidad de entender los derechos sociales como derechos subjetivos, por lo que indica:

Si la indeterminación de las disposiciones jurídicas implicara la inexistencia de los derechos subjetivos, este tipo de derechos no existiría en ningún caso. La indeterminación es inherente al lenguaje y por tanto al derecho, es un elemento connatural a las disposiciones que estatuyen los derechos subjetivos. El objeto del deber legislativo, por más indeterminado que este sea, no se confunde con el sujeto activo o titular del derecho que le es correlativo (2005, p.315).

En igual sentido, Rodolfo Arango establece que los derechos sociales fundamentales “no tienen como título de adquisición el texto expreso de la constitución [sino que] tiene como única fuente posible normas adscritas de derecho fundamental” (2005, p. 24), es a través de la interpretación y la argumentación jurídica que los derechos sociales cobran fuerza, fundamentando su exigibilidad teniendo como base todo el entramado normativo que consagra la Carta Política, es por ello que del hecho de que los derechos sociales no consagren un medio para alcanzar su justiciabilidad, no puede desprenderse que no puedan traducirse en derechos subjetivos.

Frente a la crítica de la necesidad de recursos públicos que requieren los derechos sociales para su realización, Alexy establece que, si bien estos derechos generan importantes efectos dentro de la política financiera, este argumento por sí solo no es suficiente para desencadenar la no existencia de estos derechos y, mucho menos, justifica la negación de su exigibilidad. Por lo cual, señala que “la existencia de un derecho no puede depender exclusivamente de su justiciabilidad, cualquiera que sea la forma como se le describa: lo que sucede más bien, es que cuando existe un derecho éste es también justiciable” (2002, p. 496).

Siguiendo la línea argumentativa del profesor Arango, los derechos sociales fundamentales -como los define él-, tienen la característica de tener una norma jurídica, una obligación jurídica, la posición jurídica, el alto grado de importancia y el carácter general positivo. Haciendo una relación de estas características con los elementos descritos en el concepto de derechos subjetivos en sentido estricto, ya descrito, encuentra el autor que el concepto de derechos sociales fundamentales cumple con las tres características del derecho subjetivo, es decir, una norma jurídica, una obligación jurídica y una posición jurídica- y en razón a ello se deduce que pueden ser circunscritos en la categoría de derechos subjetivos.

Como se observa en la definición, el derecho subjetivo tiene como base una posición jurídica, por lo que es necesario identificar los presupuestos para adquirir una posición normativa, así como determinar la posibilidad de encontrar en los derechos sociales posiciones que permitan dar razones suficientes para su exigibilidad.

Una posición jurídica es definida como “la relación deóntica de acuerdo con la cual el individuo (a) está en la situación de poder exigir algo (g) de otro (s).” por lo

qual, se puede establecer que una posición “es la situación que ocupa un individuo dentro de un orden normativo, que debe ser protegida y reconocida *prima facie* porque dicha posición puede ser justificada con buenas razones que hablan a favor del individuo” (Arango, 2005, p.19).

En este sentido, la suficiencia de las razones viene a ser delimitada en cada caso concreto, por medio de la ponderación, es decir que se deben evaluar en las circunstancias específicas del caso bajo estudio, los argumentos a favor y en contra de las razones esgrimidas.

Así el principio de proporcionalidad juega un papel trascendental para la ponderación de las razones válidas, que en casos concretos pueden entrar en conflicto. Sin embargo, Rodolfo Arango aclara que esta primera parte del concepto de derechos subjetivos que se compone de las posiciones normativas, y las razones válidas para la posición normativa, no es suficiente para dar un concepto completo y bien estructurado de los derechos subjetivos, principalmente -como lo recalca el autor- en el caso de los derechos de prestación, dentro de los cuales se encuentran los derechos sociales.

Así para dar un concepto completo de derechos subjetivos que admita encuadrar dentro de su estructura los derechos sociales fundamentales, es menester estudiar la segunda parte del concepto de derecho subjetivo que permite determinar los presupuestos necesarios para el reconocimiento de vulneraciones a estos derechos, ya que, como se ha señalado, es la violación del derecho lo que da paso al ejercicio de todas las actuaciones tendientes para su protección. El problema de los derechos de prestación, como se ha plasmado, es que estos derechos dejan abierta la pregunta encaminada a establecer cómo debe cumplirse la obligación que demandan, y señalar con claridad quiénes son los obligados frente al incumplimiento de las normas constitucionales que amparan los derechos de prestación. Este dilema es una de las múltiples causas que llevan a gran parte de la doctrina a concluir la negación de los derechos sociales como derechos subjetivos, ya que la indeterminación de las normas que consagran estos derechos, no permite establecer con claridad cuál es la causa de la violación en determinado evento.

Sin embargo, la doctrina ha establecido unos criterios que permiten esclarecer en qué casos se puede hablar de una violación a los derechos de prestación, así como las circunstancias bajo las cuales son susceptibles de ser tutelados judicialmente.

Al respecto Arango expresa que el reconocimiento de cualquier violación de derechos, independientemente de si se trata de derechos de abstención o derechos de prestación, va a depender de 2 condiciones que permiten superar el obstáculo de la indeterminación de las normas que los consagran, así como precisar el titular

de la obligación. Las condiciones descritas son: 1) el daño individual inminente y 2) el no reconocimiento injustificado de una posición normativa definitiva concreta basada en razones válidas y suficientes.

En cuanto a la condición del daño individual se puede esbozar en el criterio que el autor señala como la *urgencia* de la situación como la clave para solucionar los problemas relacionados con la determinación. Para fijar la violación tendría que suponerse lo que acarrearía en ese determinado evento si a la persona no se le satisface la necesidad básica que lo apremia. Es decir como lo señala el autor “la urgencia de la situación -y la necesidad de hacer algo para evitar el daño individual inminente- puede ser determinada por argumentos contrafácticos, que muestran lo que sucedería a la persona en caso de que una de sus necesidades básicas no fuese atendida inmediatamente, esto es en caso de no ser reconocida su posición normativa pese a existir razones válidas y suficientes que la respalden” (2005, p.312).

De otro lado se encuentra el no reconocimiento injustificado de una posición normativa. El autor reseña que los problemas surgidos con la indeterminación del obligado en caso concreto, también pueden ser solucionados por medio de la teoría de la urgencia, argumentando que si el obligado principal en una situación particular, no puede llevar a cabo el cumplimiento de la obligación emanada de la norma, siendo que su titular ostenta una posición normativa que cumple con los criterios de razonabilidad y suficiencia, el derecho de la persona no puede ser negado por el juez.

Por lo cual, el criterio de la urgencia viene a determinar bajo qué presupuestos un individuo está en una posición jurídica que se encuentra justificada. Al respecto Arango establece que “no es la importancia abstracta del derecho, con independencia de la situación, sino la situación concreta, el criterio decisivo para determinar cuando una posición jurídica esta objetivamente justificada” (p.325).

Es claro entonces que el criterio de la urgencia viene a convertirse en un factor determinante para establecer la vulneración de un derecho, permitiendo así que el derecho menoscabado sea reconocido y por tanto pueda ser exigido en una instancia judicial.

Así en relación a la posibilidad de fundamentar los derechos sociales como derechos subjetivos, de acuerdo al concepto de derechos subjetivos propuesto por autores como Alexy y Arango, se tiene que estos derechos son definidos como posiciones jurídicas, por lo que teniendo en cuenta que los derechos sociales tienen dentro de su estructura una posición jurídica, se pueden argumentar mediante razones válidas y suficientes las posiciones normativas que estos contienen, alcanzando así a adscribir los derechos sociales en el formato de los derechos subjetivos, en

la medida que considerar los derechos sociales como derechos subjetivos, “les permite ganar el atributo de la justiciabilidad que caracteriza a éstos últimos, [que su titular los pueda hacer valer judicialmente en caso de vulneración o amenaza]” (Chinchilla, 1999, p. 17).

Referencias

Libros y artículos de revistas

- Abramovich, V. & Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.
- Alexy, R. (2003). *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Arango, R. (2005). *El Concepto de los derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Arango, R. (2008). *Los derechos humanos como límite a la democracia: análisis de la ley de justicia y paz*. Bogotá: Norma.
- Bernal Pulido, C. (2005). *El Derecho De Los Derechos*, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*, Madrid: Editorial Sistema.
- Böckenförde E. W. (1993). *Escritos sobre derechos fundamentales*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- Borowski, M. (2003). *La estructura de los derechos fundamentales*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cano Blandón, L. F. (2005). Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: una propuesta argumentativa. *Estudios de derecho* 62 (140), 115-140.
- Casas Moreno, A. F.; Cortes, D. F. & Gamboa, L. F. (2003). Las comparaciones interpersonales y la evaluación de estados sociales alternativos. *Economía institucional* 05 (08), 147-160.
- Chinchilla, T. (2009) *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Dalbin, J. (2006). *Derecho Subjetivo*. Granada: Comares.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los Derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2008). Derechos fundamentales: Universalismo y multiculturalismo. *Claves de Razón Práctica* 184, 4-7.
- Gómez Isaza, M. C. (2006). La historia del estado social de derecho. *Estudios de Derecho* 63 (141), 73-99.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. México: Porrúa.

- Londoño, D. E. & Gonzalez, J. (2001). Estado social: verdadera formula política para Colombia. *Kabai* 09, 74-81.
- López Medina, D. E. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Marienhoff, M. S. (2003). *Tratado de derecho administrativo*. Tomo I. Buenos Aires: Lexis-Nexis Abeledo Perrot
- Prieto Molinero, R. J. (2010). *El abuso del derecho*. Buenos Aires: La Ley.
- Prieto Sanchís, L. (1990). *Estudios sobre derechos fundamentales*, Madrid: Debate.
- Ross, A. (1976). *"Tú-Tú"*. Buenos Aires: Abeledo Perrot
- Vallejo Mejía, J. (1998). Curso de teoría constitucional: Teoría del estado. *Estudios de Derecho* 57 (130), 15-45.

Sentencias

- Corte Constitucional. Sentencia T-002 de 1992 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia T-406 de 1992 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia T-462 de 1992 Magistrado Ponente Simón Rodríguez Rodríguez.
- Corte Constitucional. Sentencia T-578 de 1992 Magistrado Ponente Ciro Angarita Barón.
- Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-477 de 1995 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-225 de 1998 Magistrado Ponente Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional. Sentencia SU-819 de 1999 Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis.
- Corte Constitucional. Sentencia T-1306 de 2000 Magistrado Ponente Fabio Morón Díaz
- Corte Constitucional. Sentencia C-252 de 2001 Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz.
- Corte Constitucional. Sentencia T-881 de 2002 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-227 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.
- Corte Constitucional. Sentencia T-859 de 2003 Magistrado Ponente Eduardo Montealegre Lynett.



Título: Rastros de restos serie 9

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

LA CONCILIACIÓN COMO SOLUCIÓN DE CONFLICTOS*

* Esta publicación es parte del resultado de la Investigación aprobada y apoyada por el CONADI en el 2006 con el título “La conciliación como aplicación alternativa en la solución de conflictos”, ente encargado en la Universidad Cooperativa de Colombia de financiar los proyectos de investigación.

Fecha de recepción: septiembre 23 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 9 de 2011

LA CONCILIACIÓN COMO SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Beltrán de Jesús Restrepo Arredondo**

RESUMEN

La conciliación como mecanismo de solución de conflictos intersubjetivos aplicada en el sistema jurídico colombiano, constituye un medio alternativo de administración de justicia y un instrumento eficaz para la descongestión de los despachos judiciales, a la vez que es una de las posibilidades que tiene la sociedad colombiana para repensar los valores que la construyen y la dinámica interaccional de quienes participan para fomentar la asunción de nuevas actitudes que favorezcan la convivencia pacífica. A partir de la metodología analítica descriptiva se logró detectar que a nivel gubernamental se implementó como política pública el acercamiento del ciudadano a la justicia, lo cual ha conllevado a fijar un programa nacional de conciliación en equidad y prácticas de justicia restaurativa y la creación de las casas de justicia. A nivel institucional la creación de los centros de conciliación en derecho. A nivel de resultados se estableció la obligatoriedad de la conciliación extraprocésal como requisito de procedibilidad, generando más asuntos conciliados.

Palabras clave: Conciliación, solución de conflictos, equidad, mecanismo alternativo, justicia

CONCILIATION AS CONFLICT RESOLUTION

Abstract

Conciliation as dispute settlement mechanism applied intersubjective Colombian legal system, is an alternative means of administration of justice and an effective instrument for the decongestion of court offices, while one of the possibilities for Colombian society rethink the values that built and interactional dynamics of those who participate to encourage the assumption of new attitudes that favor peaceful coexistence. From the descriptive analytical methodology was able to detect that level of government policy was implemented as the approach of citizens to justice, which has led to establish a national conciliation in equity and restorative justice practices and the creation of Houses of Justice. At the institutional level the creation of centers of conciliation in law. A level of performance was made compulsory conciliation and extra-procedural requirement, resulting in more cases reconciled.

Keywords: Conciliation, conflict resolution, equity, alternative mechanism, justice

** Abogado egresado de la Universidad de Antioquia en 1981. Docente universitario. Director del grupo de investigación Jaime Sierra García de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia, sede Medellín. Docente investigador. Dirección postal: Universidad Cooperativa de Colombia. Calle 50 No 41-70, bloque 2. bdrestrepo@gmail.com. Medellín, Colombia.

LA CONCILIACIÓN COMO SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

Aspectos históricos

Existen trabajos que informan sobre la existencia de las primeras tendencias de informalización de la administración de justicia. Para ello han dividido su estudio en tres etapas o períodos. 1978-1982, 1982-1986 y 1986-1992 (Consejo Superior de la Judicatura, 1999: 21)¹. Cada uno de estos periodos presenta un panorama del contexto sociopolítico y de las políticas oficiales de orden público, donde aparecen en forma descriptiva cada una de las diferentes reformas judiciales realizadas en cada uno de esos momentos enunciados y sus efectos reales. De este marco histórico se puede inferir que ha existido un propósito del Estado de acercar la justicia a la sociedad, y de generar espacios pacíficos de resolución de los conflictos. La experiencia observada desde la percepción institucional en su conjunto, demuestra que las políticas de Estado en relación con la justicia han estado centradas en las reformas institucionales de la organización de la rama judicial y de los procedimientos judiciales con la finalidad de descongestionar los despachos judiciales, pero después de 1991 se ha promovido una posición oficial de impulsar mecanismos alternativos de solución de conflictos, como la conciliación, considerando que es una forma de promover la convivencia social y de solucionar los problemas de conflictividad violenta entre los ciudadanos².

Esta situación llevó a la formulación de la pregunta problema de poder considerar que la conciliación como mecanismo de solución de conflictos es un medio de descongestión judicial y formación de una cultura de la civilidad.

La Constitución de 1991 oficializa la posibilidad de implementar la justicia comunitaria y la justicia privada como alternativas a la justicia estatal y se desarrolla un programa político durante el periodo 1990- 1994 (Ibíd.: 29) que contemplaba el proceso de modernización estatal en su conjunto, incluyendo el sistema judicial. Pero dichas reformas a la estructura del poder estatal del sector justicia estuvo

1 Bases para la organización de jueces de paz de Colombia. Consejo Superior de la Judicatura.. Bogotá. Imprenta Nacional. 1999

2 Ver primera parte: perspectiva institucional sobre las reformas a la justicia en materia de acceso y resolución de conflictos. Ibíd. pp. 21-35

dirigida a la descongestión de los despachos judiciales, la desjudicialización de conflictos y a la despenalización de algunas conductas delictivas.

A partir de la metodología diseñada para el desarrollo de la investigación teniendo en cuenta el objeto de la investigación- la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos intersubjetivos- exigió una metodología combinada de la descripción con base en información documental, especialmente la documentación producida por las instancias estatales de creación y de aplicación normativa, en este caso del Ministerio del Interior y de Justicia, el cual ha desplegado toda una política pública en relación con mecanismos alternativos a la solución estatal por medio del proceso judicial.

Como hallazgos relevantes encontrados está la caracterización histórica de las famosas emergencias judiciales decretadas durante varios gobiernos y que tuvieron como sustento la búsqueda de la solución a la congestión judicial y que han quedado plasmadas en las distintas memorias dejadas por los diferentes ministros de justicia, como documentos que recogen el querer oficial y las visiones que se tenían sobre la justicia y las reformas implementadas a la estructura general de la rama judicial. Algunas de dichas memorias tienen relevancia desde el gobierno de Julio César Turbay Ayala (Ibíd.).

Planes sectoriales propuestos por los diferentes ministros de Justicia durante las décadas ochenta y noventa, especialmente el planteado para el período 1994 -1998 denominado “Justicia para la gente. Desarrollo gubernamental del plan sectorial de justicia”³, destacándose aspectos como el no libre acceso a la justicia y se recurre a la aplicación de estándares internacionales, tales como la apertura de nuevos procedimientos, mejoramiento de instalaciones, el acomodamiento de tribunales a los ciudadanos, el respeto a los ciudadanos, la razonabilidad de los costos y agilidad de los trámites. En este plan se parte de impulsar siete estrategias para mejorar el acceso a la administración de justicia, el desarrollo de los jueces de paz, la desjudicialización de conflictos, el desarrollo de métodos alternativos, la asistencia legal popular, la democratización de la información legal, la regulación de las acciones populares y finalmente la creación de casas de justicia.

Programa nacional de conciliación en equidad y prácticas de justicia restaurativa en el interior de las casas de justicia. De este programa nacional de casas de justicia direccionado por el Ministerio del Interior y de Justicia, a través de la oficina de dirección de acceso a la justicia, se recogió toda la información sobre estudios realizados en las propias casas en relación con los impactos reales sobre la descon-

3 Memorias del Ministerio de Justicia. 1998.

gestión judicial y el acercamiento de la justicia a las comunidades y su incidencia en la convivencia pacífica (Ardila, 1999)⁴. Para ello se retomó toda la experiencia ganada en las Casas de Justicia del barrio Villa del Socorro de Medellín y la situada en el barrio Niquía de Bello.

A partir de los estudios y estadísticas realizados por el programa nacional Casas de Justicia, y la Dirección de Acceso a la Justicia del Ministerio del Interior y de Justicia, hasta el año 2004⁵, se logró detectar las tipologías de conflictos más comunes entre los colombianos, encontrándose que sólo el 40 % de los colombianos accedía a la justicia ordinaria o formal, de los cuales, según cifras de la Contraloría General de la República, solo el 10 % de ese 40% obtenía un feliz término de sus procesos o el 13 % de acuerdo a números presentados por el Consejo Superior de la Judicatura.

Se encontraron cifras que demuestran un aumento gradual de casos llevados a la jurisdicción ordinaria, los cuales no se logran evacuar creando un cúmulo de casos sin resolver al año 2004 de 8.000.000 de procesos. Igualmente en esa fecha se observó que un juez de la República resolvía un promedio de 285 casos al año, generándose la ya conocida congestión judicial.

Incremento de la creación de los centros de conciliación y un aumento de solicitudes de audiencias de conciliación extraprocesal como resultado de la aplicación de la ley 640 de 2001, que estableció como requisito de procedibilidad, es decir, que para poder actuar ante los jueces, el posible demandante debe agotar en primer momento la realización de una conciliación.

Problema sociojurídico colombiano

Los estudiosos de la problemática de conflictos entre los colombianos y desde el punto de vista sociológico, y a través de estudios de casos, señalan que en Colombia existe una tradición litigiosa, es decir, que las personas involucradas en conflictos intersubjetivos, han preferido normalmente el uso del proceso judicial, sin pensar en otros mecanismos que atañen a obtener una convivencia armónica, olvidándose que históricamente han existido dentro de las comunidades prácticas de solución de conflictos cotidianos distintas al uso de la fuerza o vías de hecho, lo cual ha conllevado el desarrollo de normas no escritas para el tratamiento más adecuado de estos, tal es el caso en amplios grupos étnicos indígenas, como son el palabrero aprovechado entre grupos étnicos de la Guajira.

4 ARDILA, E. Hacia un modelo de justicia desde la comunidad. En: Revista justicia y desarrollo. 10 (vol.).

5 Ver informes anuales de la Dirección de Acceso a la Justicia del Ministerio del Interior y de Justicia.

En relación con el crecimiento de la demanda de la actuación de la rama judicial, lo cual ha conllevado a la congestión permanente de los despachos judiciales, la acción estatal en su política sobre justicia ha estado movida entre dos esferas: la percepción estatal sobre la violencia y las políticas en materia de justicia, que según investigadores, no se sustraen a importantes aspectos inherentes al sistema capitalista y a su particular concepción de la racionalidad⁶.

En este orden de ideas se buscó realizar una aproximación a la efectividad de la conciliación como una alternativa para la resolución de disputas que mitigue la congestión judicial, es decir, lograr observar si el incremento de la solución de conflictos por medios distintos al proceso judicial reduce la congestión judicial, el costo de los procesos judiciales y la reducción de la demora en la resolución de conflictos. Además inferir si se ha logrado ganar total confianza del ciudadano común y corriente en la justicia colombiana, representada en sus jueces y por ende el posible crecimiento de la legitimidad de la rama judicial.

Permanentemente con las continuas reformas judiciales se implantó en la década de los 70s la obligación de la celebración de la audiencia de la conciliación procesal en los asuntos de naturaleza civil, pero en la práctica no conllevó una apropiación de tal institución como un mecanismo de solución del conflicto y una forma de terminación anticipada del proceso instaurado, sino como una actividad más dentro de la acción procedimental, hasta el punto de ser una audiencia de rutina, donde la mayoría de las veces, el juez no asistía a la misma, sino que dejaba en manos de un funcionario de menor rango dentro del despacho judicial, amén de los abogados, quienes en su formación de litigantes, no veían en esta institución el camino más expedito de solución de conflictos, sino en algo que entorpecía el desarrollo del proceso judicial. Esta misma experiencia se encuentra en el campo laboral donde existía la tendencia por parte de los trabajadores que habían sufrido una ruptura de sus relaciones jurídico laborales, de acudir a la solicitud de conciliaciones voluntarias extraprocesales ante las autoridades administrativas del Ministerio del Trabajo en su época, pero que la mayoría de las veces, los empleadores hacían caso omiso de esta convocatoria, no acudiendo a la citación realizada y dejando el campo expedito al trabajador de instaurar la respectiva demanda ante los jueces laborales.

Objetivos pretendidos por el sistema jurídico político colombiano

Se ha buscado desde lo institucional establecer la conciliación como mecanismo de solución de conflictos intersubjetivos aplicado en el sistema jurídico colombiano

6 DE SOUSSA SANTOS, Boaventura y GARCÍA, Mauricio. El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Bogotá: Siglo del hombre editores, 2001.

como un medio alternativo de administración de justicia, a la vez lograr que sea un instrumento eficaz para la descongestión de los despachos judiciales, y una de las posibilidades que tiene la sociedad colombiana para repensar los valores que la construyen y la dinámica interaccional de quienes participan para fomentar la asunción de nuevas actitudes que favorezcan la convivencia pacífica⁷.

Para determinar si se han logrado dichos objetivos trazados hoy como política pública de justicia, es importante realizar las siguientes actividades:

- Indagar la incidencia que ha tenido la institución de la conciliación aplicada judicialmente en el período comprendido entre 1970 y 1991.
- Contrastar estadísticamente las prácticas judiciales de solución de conflictos por el proceso judicial con las de la conciliación, tanto judicial como extrajudicialmente, en el campo laboral y civil.
- Establecer la regulación legal de la conciliación tanto procesal como extraprocésal después de 1991 con la misma institución antes de esta misma fecha.
- Descubrir que el incremento de la participación de la comunidad en los procesos de resolución de conflictos por otros medios distintos al proceso judicial mitiga la congestión de los despachos judiciales.
- Verificar si la sociedad colombiana tiene una información, más que una cultura, sobre la conciliación como una forma más efectiva de resolución de conflictos o disputas.

Se realizó un rastreo estadístico del desarrollo de la conciliación desde la perspectiva de casos realmente solucionados por medio de este mecanismo y de los efectos reales en la descongestión judicial en el período comprendido entre 1991 y 2006. Se contrastaron los datos estadísticos de las prácticas de la justicia ordinaria en el campo civil con las prácticas alternativas de justicia. Se buscó establecer desde la regulación legal como conciliación extraprocésal obligatoria, los lazos procesales de esta institución que ejercían como voluntaria extraprocésal y procesal y la obligatoria, sus resultados prácticos y efectivos de solución de conflictos jurídicos.

Fundamentación teórica

Históricamente el concepto de conciliación ha estado inserto en un problema de orden teórico complejo, por un lado como institución de carácter meramente

7 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Sociología jurídica crítica. Bogotá: ILSA, 2009.

procesal y por otro como mecanismo alternativo de solución de conflictos. Por lo tanto se ubicó su estudio desde lo socio-jurídico, lo cual implicó su abordaje desde lo normativo y a la vez en el orden teórico y metodológico, para ello se aprovechó los estudios realizados por Boaventura de Souza Santos en el campo del acceso de los ciudadanos a la justicia, quien participó como asesor general en el centro de investigaciones socio jurídicas de la universidad de los Andes en la investigación “Bases para la organización de jueces de paz en Colombia” (1999). También se acudió a los trabajos investigativos realizados por el Instituto Ser de investigaciones en los temas de perspectiva institucional sobre las reformas a la justicia en materia de acceso y resolución de conflictos.

En ese complejo panorama trabajos como los del Instituto Ser de investigaciones, Fescol, centrados en el comportamiento humano entendido como causalidad y como proceso, este último no siempre controlado, posibilitan entender la existencia de relaciones que responden a decisiones individuales o grupales en las que ciertos elementos, algunos no premeditados, se hacen extensivos a un grupo, de manera que operan como modelos mentales que permiten explicar determinados procesos sociales en la relación individuo-grupo.

Otros trabajos, como los realizados para la dirección de acceso a la justicia en convenio con el programa de fortalecimiento y acceso a la justicia, financiados por la USAID, han estimulado desde el año 2001 la participación de las organizaciones de la sociedad civil en Colombia en el acercamiento de la sociedad a la justicia buscando contribuir a los objetivos del programa a través de la generación de insumos orientados a fortalecer los procesos de reforma a la justicia, modernización e institucionalización, participación y permanencia de las innovaciones.

Los distintos estudios surgidos desde la perspectiva de otros saberes, tales como la sociología y la antropología jurídicas (Desousa Santos, 1998), disciplinas desde las cuales también se ha estudiado el proceso judicial como mecanismo de solución de conflictos y al aparato judicial como su aplicador, lo que genera un abanico de dimensiones que enseñan sobre las particulares verdades del Derecho. No escapa a este intento de comprensión la propuesta de los teóricos del derecho comunitario, los cuales impulsan la denominada justicia informal y los jueces de paz, reflejado en los estudios de Rodrigo Uprimny (2002), investigador de la Universidad Nacional, así mismo la propuesta del jurista brasileño, Watanabe, quien defiende la creación de juzgados de pequeñas causas, los cuales son mecanismos informales y consensuales de resolución de las pequeñas causas.

Por último existe la línea de investigación realizada por los investigadores Mauricio García Villegas y Boaventura de Sousa Santos en sus investigaciones que terminaron en la publicación titulada “El caleidoscopio de las justicias en Colombia” (2001).

Resultados y hallazgos

Para esta parte del trabajo parto de los elementos teóricos fijados en los estudios realizados en Colombia por los investigadores Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García sobre la justicia en Colombia (2001). Los mismos implican tres grandes temas como son: El acceso a la justicia en Colombia, la administración de justicia como institución política y organización profesional, orientada a la producción de servicios especializados, y la litigiosidad social frente a los mecanismos de resolución existentes en la sociedad colombiana. Las respuestas a estos interrogantes permiten inferir el gran papel que jugaría en la sociedad colombiana, mecanismos alternos al proceso judicial, operado por los jueces.

1. Desde el desarrollo histórico jurídico de la institución de la conciliación.

Se logra visualizar que el Estado colombiano desde su misma aparición en el año de 1819 ha tenido como gran preocupación la democratización de la administración de justicia, situación aberrante heredada desde la colonia, la cual ha estado enmarcada en hechos como las constantes reformas al proceso judicial en sus distintas ramas jurídicas y al derecho sustantivo.

Se destaca desde la historia de la institución de la conciliación que a través de la ley 13 de mayo de 1925 el legislador en el artículo 9 estableció la audiencia de conciliación como requisito previo para acudir ante la justicia ordinaria, la cual se celebraba ante el alcalde de la municipalidad donde se generaron las controversias. Rezaba dicha norma: “...*procurará transigirlos y averirlos entre sí por las medidas suaves de una conciliación amigable...*”. No existen documentos ni estudios que permitan deducir la bondad o no de este mecanismo entre los individuos cuando se encontraban en conflicto. Se toma como un referente jurídico y de política del Estado en aquel momento, donde lo que es claro, no existían juzgados en todos los municipios ni personas versadas en el derecho.

Desde el año de 1944 durante el gobierno liberal de Alfonso López Pumarejo⁸ y aprovechando el estado de sitio, se expidió el decreto 2350, por medio del cual se estableció por primera vez en Colombia, la jurisdicción especial del trabajo, el cual consagró en su artículo 37 la conciliación en materia laboral como medio amistoso de solución de conflictos. Se generó una práctica por parte de los trabajadores de acudir a la solicitud de la conciliación voluntaria ante las autoridades administrati-

8 Memorias del gobierno de Alfonso López Pumarejo.

vas del Ministerio de Trabajo en su momento, pero que no era acatado este mecanismo por la mayoría de los empleadores, quienes hacían caso omiso de dicha citación para la celebración de la audiencia. No es fácil deducir aspectos relacionados con esta práctica por la falta de datos estadísticos confiables. En todo caso la conclusión a que se llegó después de la indagación histórica fue el desprestigio de esta institución porque no se tomó en serio esta alternativa, ni por las partes involucradas en el conflicto (trabajadores y patronos), ni por los funcionarios del Ministerio del Trabajo, ya que nunca se le dio la importancia como tal, siendo este voluntario. En el campo propiamente judicial se instituyó como obligatoria la conciliación dentro del proceso, desde el año de 1948 y luego en el código sustantivo de trabajo de 1950 se establece la conciliación para resolver conflictos diferentes, ya fueran de carácter individual como colectivo. En el primero se decretaba una audiencia de conciliación procesal, pero terminó siendo una exigencia formal que permitía que los operadores jurídicos en lo laboral, cumplieran con la convocatoria, la celebración y la redacción del acta, hasta el punto que la persona que asistía en representación del poder judicial, no era el juez como tal, sino la persona del despacho que tuviera a cargo la tramitación del caso.

Se observa que la institución de la conciliación es un mecanismo existente desde hace varios años en el sistema judicial colombiano, especialmente en los campos del derecho laboral, desde antes de 1970 y en lo civil se establece como conciliación judicial en el artículo 445 del decreto 1400 de 1970 (código civil) como parte de la audiencia del proceso verbal. No obstante siguió los mismos patrones de lo laboral, ya que los jueces no estuvieron preparados como verdaderos conciliadores y las audiencias de esta clase, se convirtieron en simples formalidades, donde solo bastaba decretar la audiencia y celebrarla sin tratar de llegar a acuerdos.

Por la misma época, el decreto 410 de 1971 (Código de Comercio), retomó las iniciativas consagradas en el proyecto de reforma al código de comercio de 1958 y asignó a las Cámaras de Comercio, las facultades de hacer arreglos entre acreedores y deudores, creándose por primera vez los centros de arbitraje y conciliación, como instituciones manejadas por el sector privado, que podían intervenir en la solución de conflictos de naturaleza privada por fuera de las entidades del orden oficial. Por la misma naturaleza de los asuntos, es decir, de los conflictos surgidos entre los comerciantes, fue una experiencia cerrada y poco abierta a personas que no tuvieran la calidad de comerciantes y estuvieran inscritos en dichas entidades. Además fue un campo de acción muy restringido por los altos costos de la operación de este mecanismo, que obligaba a una gran mayoría de sujetos en conflicto a no acudir a este mecanismo por costoso.

En el campo civil, después de 1971, se estableció como obligatoria la conciliación procesal, celebrada en la famosa audiencia del 101, pero no existen estadísticas que demuestren la bondad de esta institución, pero que en resultados prácticos no fue una experiencia efectiva, ya que no conllevó a disminuir el desarrollo de los procesos judiciales y por ende no llevó a la descongestión tan anhelada por el gobierno.

Desde lo histórico judicial se puede señalar que la institución de la conciliación judicial como la extrajudicial no fueron tomadas en serio, es decir, tanto desde los operadores judiciales como administrativos, significó una simple práctica formal permitida, pero no como una herramienta de solución real de conflictos, perdiendo interés en el colectivo colombiano. No se cimentó como una cultura de búsqueda de soluciones a los conflictos por medios distintos a la fuerza o al proceso judicial⁹.

Todas estas reformas al proceso judicial no han conllevado a la democratización del acceso a la administración de justicia, por lo cual el Estado ha buscado otro medio de influir en la realidad de la justicia colombiana. Hecho que se mirará como otro resultado.

2. La conciliación como una política pública de Estado.

Por razones históricas, jurídicas, culturales, sociales y económicas, el Estado Colombiano ha visto la necesidad después de 1991 de buscar una comprensión y manejo del conflicto con relevancia jurídica de trascender todo el proceso anterior, que estuvo fundamentado en el objetivo esencial de la descongestión judicial, el cual motivaba las constantes crisis de la administración de justicia, surge desde el mismo gobierno, la necesidad de orientar la cultura de la solución de los conflictos a partir de lo pedagógico, el reconocimiento de experiencias comunitarias de solución de los problemas y el manejo de la interdisciplinariedad¹⁰.

Con la Constitución de 1991 se abre la posibilidad de encarar la administración de justicia, desde otras respuestas alternativas que permitan atacar de fondo, la intolerancia de los individuos, el tratamiento no pacífico del conflicto, y la falta de compromiso de todos los actores que intervienen en la solución de conflictos intersubjetivos jurídicos.

9 DELGADO GAITÁN, Johana. Transformaciones sociales: hacia un nuevo modelo de justicia administrativa en Colombia. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2000.

10 LOAIZA, Hernando. Anotaciones y glosas, en torno a un debate necesario sobre la justicia comunitaria y los mecanismos alternativos de solución de conflictos. En: IPC, Contrastes sobre lo justo. Medellín, 2003. P.117-126.

Se detecta como resultados encontrados el interés del gobierno nacional de imponer la conciliación como mecanismo obligatorio de solución de conflictos para las partes involucradas y para ello viene expidiendo normas como la ley 23 de 1991, que regule el uso de la conciliación extraprocésal y procesal como un mecanismo de descongestión de los despachos judiciales, es decir, existe un fin metajurídico del Estado. Posteriormente y recogiendo las problemáticas creadas con la aplicación de la anterior ley y de ciertas decisiones de las altas cortes, se expidió la ley 446 de 1998 y por último con la ley 640 de 2001 se fija la obligatoriedad de la celebración de la audiencia de conciliación extraprocésal como requisito previo al ejercicio del derecho de acción. Esta legislación y su aplicación han generado no la cultura de la conciliación como un hecho natural de los colombianos, sino como una obligación que no puede soslayarse. Por lo tanto se ha tornado en una política pública de Estado.

El otro resultado identificado está relacionado con el manejo de las estadísticas estatales en el campo del mecanismo de solución de conflictos a través de la conciliación y su presentación, que tienen que ver con varios tópicos como son:

Los centros de conciliación avalados, el número de conciliadores, conciliaciones solicitadas, cuáles fueron llevadas a cabo, es decir, donde se logró la conciliación, en cuántos casos no prospero y las áreas del derecho; lo cual está a cargo de la unidad de conciliación adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia, siendo sus datos los más cercanos a la realidad de esta institución por darse la obligatoriedad para todos los centros de conciliación existentes en Colombia, de enviar información vía electrónica de todas las actividades llevadas en relación con este mecanismo.

Una de las estadísticas tiene que ver con la creación de centros de conciliación, cuántos existen al año de 2009. A partir de la aprobación de la ley 640 de 2001, existían 111 centros de conciliación, en el año 2002, asciende a 141, en el 2004 existen 216, en el 2005 figuran inscritos 236, en el 2006 suman 259, en el 2007 crecen a 286, para el 2008 hay 291 y en el año 2009 existen 329 centros de conciliación (Cobo, A y otros).

Al 2009 los centros de conciliación avalados por la autoridad competente, están agrupados de la siguiente manera: 43 centros pertenecen a entidades públicas, caso de ciertas personerías de grandes ciudades, 90 están adscritos a los consultorios jurídicos de las facultades de derecho y los restantes 196 son de entidades privadas sin ánimo de lucro.

Este aumento progresivo es el resultado directo de la aplicación de la ley 640 de 2001, norma que consagró como requisito de procedibilidad el agotamiento de la conciliación extraprocésal, constituyéndose en un requisito de procedibilidad, es decir, exige su cumplimiento obligatoriamente antes de instaurar demanda ante un juez de

la república, lo cual permite inferir que el aumento de los centros de conciliación es la consecuencia de una obligatoriedad establecida por el legislador como requisito para acceder al mecanismo clásico del proceso judicial y no como resultado de una cultura de la negociación de los conflictos jurídicos subjetivos a partir de los propios sujetos involucrados en el conflicto.

Las cifras correspondientes al número de conciliadores avalados por el Ministerio del Interior y de Justicia, también es el resultado de la formación y capacitación progresiva dada desde el año 2001 para llegar a tener 14.810 conciliadores avalados al año 2008. Estas cifras significan que ha existido una buena divulgación de los entes estatales y de las propias instituciones educativas en el campo del derecho sobre este valor agregado que deben tener los egresados de los programas de derecho, que en el futuro se convierte en otro campo de labores de los abogados.

Por último hallamos las estadísticas¹¹ correspondientes al número total de solicitudes de audiencias de conciliación extraprocesal entre los años 2001 y el 2009 donde se demuestra las bondades de la institución de la conciliación como mecanismo alterno de solución de conflictos.

TABLA 1. CONCILIACIONES CELEBRADAS

AÑO	SOLICITADAS	CONCILIADAS	PORCENTAJES
2001	32.928	16.962	51.51%
2002	32.563	13.342	40.97%
2003	70.044	27.140	38.74%
2004	79.453	31.492	39.63%
2005	65.386	23.316	35.65%
2006	66.765	24.744	37.06%
2007	63.497	24.455	38.51%
2008	70.958	24.089	33.94%
2009	74.566	25.563	34.28%

Tomada: http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=121

11 Ver en la Webgrafía las páginas de la Dirección Nacional de conciliación, unidad adscrita al Ministerio del Interior y de Justicia (hoy Ministerio de Justicia).

De los datos anteriores se infiere el aumento de solicitudes de audiencias de conciliaciones extraprocerales como requisito de procedibilidad, ya que por mandato del legislador se convirtió en una obligación procesal necesaria para poder acceder a la administración de justicia, pero también se observa de las estadísticas anteriores que se ha ido produciendo una reducción gradual en los resultados de las conciliaciones totales llevadas a cabo, lo cual permite inferir la dificultad que se tiene para que las partes accedan a los arreglos extraprocerales sin necesidad de agotar la vía judicial.

En conclusión, el Estado colombiano a través del Ministerio del Interior y de Justicia (hoy Ministerio de Justicia), es la entidad encargada de desarrollar las políticas públicas que permitan a todos los colombianos ejercer plenamente el derecho fundamental de acceder a la justicia y lograr por esta vía la solución de sus conflictos. Para ello se ha establecido el programa nacional de conciliación que tiene como objetivo el fortalecimiento e institucionalización de la conciliación en Colombia.

No obstante las buenas intenciones gubernamentales por abrir canales de participación en la práctica de solución alternativa de los conflictos, el problema real de la justicia en Colombia no se ha encarado realmente, ya que no se ha realizado una reforma democrática a la rama judicial que vaya concatenada a una racionalización de la división del trabajo con gestión de los recursos humanos, económicos y de tiempo y de la capacidad técnica, no concebida como informatización de la justicia.

3. El problema cultural y de competencias de conciliar¹².

Del análisis de los distintos estudios se logra detectar la dificultad que existe en el medio colombiano del impulso de esta figura por no tener ciudadanos ni ciudadanas con la cultura de la negociación de los conflictos, amén de la otra problemática identificada en el programa nacional de conciliación por la dificultad presentada con los conciliadores en la vida real, ya que no han desarrollado las plenas habilidades de conciliar, generando una desconfianza frente a la real potencialidad de esta institución. Por ello el gobierno nacional ha generado proyectos, tales como el denominado “Centros de conciliación y arbitraje: un espacio para construir convivencia y paz”¹³.

12 DE SOUSA SANTOS, Boaventura. Derecho y emancipación social. En: sociología jurídica crítica. Bogotá. Ilsa. 2009. P. 443-471.

13 MARTÍNEZ NEIRA, Humberto. Retos de la justicia. En: Revista política colombiana. Enero-marzo/ 2010. p. 8-119.

Hallazgos.

Algunas de las problemáticas identificadas en el Programa Nacional de Conciliación fueron el desconocimiento y dispersión de las normas legales y reglamentarias de los Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), la carencia de análisis de la jurisprudencia de las Cortes y la falta de articulación de los conceptos del Ministerio del Interior y de Justicia (hoy Ministerio de Justicia) y de otras entidades estatales en relación con dichos mecanismos, en especial la conciliación y el arbitraje. La situación anterior generaba un alto grado de inseguridad jurídica en los operadores y usuarios de estos métodos, aspecto que limitaba su institucionalización.

El Ministerio del Interior y de Justicia como entidad encargada de desarrollar las políticas públicas que permitan ampliar el acceso a la justicia y difundir, fomentar y mejorar el uso de los mecanismos de solución de conflictos, creó el Programa Nacional de Conciliación que tiene como objetivo el fortalecimiento e institucionalización de la conciliación en Colombia.

Se creó el Sistema de Información de la Conciliación (S.I.C), como una plataforma tecnológica de última generación a través de la cual los centros de conciliación, conciliadores y la comunidad en general pueden consultar los temas de interés sobre la materia, conocer índices estadísticos, el contenido de los actos administrativos, decretos y leyes al respecto, pero mejor aún, le permite al Ministerio del Interior y de Justicia / Dirección de Acceso a la Justicia implementar directivas y políticas públicas mucho más certeras en cuanto al manejo y regulación de la conciliación en el país.

Conclusiones y recomendaciones

Sobre algunos de los trabajos consultados en relación con el estudio de la conciliación la mayoría abordan aspectos históricos únicamente, pero no afrontan el problema conceptual ni las particulares relaciones que se pueden tejer entre el poder jurisdiccional, las prácticas de justicias alternativas y la institucionalización de algunas de esas experiencias.

Otra conclusión que se va infiriendo a partir de la historia de la práctica de la conciliación, es que esta se encuentra íntimamente ligada al problema de la congestión de los despachos judiciales, pero la administración de justicia aún no ha podido resolver este problema estructural.

Se destaca el crecimiento de las peticiones de celebraciones de audiencias de conciliación, pero la mayoría de veces, realizada obligatoriamente, por cuanto la ley la exige como requisito de procedibilidad.

Hasta la fecha actual no se ha dado una clara descongestión judicial y por el contrario ha llevado a la aplicación de la teoría del análisis económico del derecho, es decir, que se empieza a mirar la calidad de la justicia desde la relación de costos con lo producido judicialmente, es decir, sentencias de fondo.

Se resalta de esta investigación el interés que ha tenido la sociología jurídica de indagar por el proceso judicial como mecanismo tradicional de solución de conflictos intersubjetivos y por el papel de los órganos que integran la rama judicial como uno de los poderes estatales, por la eclosión, en la década de los 60, del fenómeno de la crisis de administración de justicia que aún persiste en el inicio del siglo XXI. Esto ha conllevado a investigar en tres temas fundamentales: el acceso a la justicia, la administración de justicia como institución política y organización profesional, orientada hacia la producción de servicios especializados, el litigio como factor preponderante socialmente y los mecanismos creados dentro de los grupos humanos para resolver sus conflictos (Desousa Santos, 1998).

Los pocos estudios realizados hasta ahora desde lo socio-jurídico, han llegado a la conclusión de explicar la justicia en Colombia como una constelación de justicias, entre las cuales se practica la justicia estatal, pero en parte y no siempre apetecida por los partes en conflicto, lo cual ha originado un desarrollo abismal de justicias alternas y el funcionamiento del régimen político colombiano.

A partir de la realidad social en relación con la solución de conflictos interpersonales, el sistema político colombiano desde el año de 1991 ha dado una preponderancia a los mecanismos alternativos de solución de conflictos de la conciliación y el arbitraje, teniendo en cuenta que no surgieron en dicha fecha, sino por el contrario se ha traído una experiencia judicial desde mediados del siglo XX, a partir de la aplicación de la conciliación en los asuntos conflictivos de carácter comercial y laboral. Posteriormente en 1971 se lleva al campo del proceso y aparece la conciliación procesal obligatoria, pero sin resultados positivos en el sentido de disminuir los procesos en los despachos judiciales. Esto llevó al gobierno central en 1991 a introducir esta institución como preprocesal para luego en el año 2001 volverse obligatoria y es con la ley 640 de 2001 (Villamil, 2001) que aparece como requisito de procedibilidad, el agotamiento previo de la conciliación antes de acudir a los despachos judiciales.

De acuerdo a los cuadros estadísticos que viene presentando el Ministerio del Interior y de Justicia a través de la unidad de conciliación, se infiere que ha ido ganando espacio como mecanismo real de solución de conflictos, pero también se logró captar en la investigación que se requiere de un impulso masivo de la cultura de la conciliación y por ende de formar a nuestras generaciones de colombianos en competencias de negociación.

A partir de lo investigado se puede dar el planteamiento de nuevas tesis o conjeturas a estudiar, tales como: ¿la conciliación en sus resultados es un problema cultural de los colombianos o falta de competencias de negociación en los conciliadores?

¿Existen diferencias entre los resultados obtenidos en las conciliaciones dadas en derecho y las en equidad?¹⁴ La respuesta se debe buscar a través de investigar los resultados que ha tenido en Colombia la denominada justicia comunitaria, implementada a través de los llamados jueces de paz y los conciliadores en equidad.

Bibliografía

- Alexy, R. (2010). *La institucionalización de la justicia*. Granada-España. Editorial Comares.
- Ardila, E. (1999). *Hacia un modelo de justicia desde la comunidad*. *Revista justicia y desarrollo*, 10.
- Bastidas, R. (2002). *La cultura de la conciliación*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Bolaños, J. H. (2002). *La conciliación. Una alternativa para la paz*. Cali, Colombia: Artes gráficas del Valle.
- Boque, M. C. (2003). *Cultura de mediación y cambio social*. Barcelona, España: Gedisa editorial.
- Cámara de Comercio de Bogotá. Balance de gestión y resultados. 2000-2002. Centro de arbitraje y conciliación.
- Consejo Superior de la Judicatura. Sala administrativa. Unidad de desarrollo y análisis estadístico (1999). *Bases para la organización de jueces de paz en Colombia*., Bogotá. Imprenta Nacional de Colombia
- Contreras, P. (2002). *Justicia de paz y conciliación, gran problema nacional*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Cristancho, J. P. (2002). *La conciliación y mecanismos alternativos de solución de conflictos*. Bogotá: Ediciones Librería el Profesional.
- De Sousa Santos, B. & García, M. (2001). *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes. Siglo del hombre editores.
- De Sousa Santos, B. (1998). *De la mano de Alicia, lo social y lo político en la postmodernidad*. Bogotá: Ediciones Uniandes. Siglo del hombre editores.
- De Sousa Santos, B. (2009). *Sociología jurídica crítica*. Para un nuevo sentido común en el derecho. Bogotá: Ilsa.

14 ARIZA SANTAMARIA, Rosemberth. La justicia comunitaria. Aportes a la construcción de un nuevo orden jurídico social. Red de justicia comunitaria en Santander.p.35-62.

- Delgado Gaitán, Jhoana. (2000). *Transformaciones sociales: hacia un nuevo modelo de justicia administrativa en Colombia*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia
- FES-AID. Informe programa para la modernización de la justicia. PMAJ. Bogotá, 1996.
- Instituto Popular de capacitación de la Corporación de promoción popular. (2003). *Contrastes sobre lo justo. Debates en justicia comunitaria*. Medellín, Colombia.
- Méndez, G. (2002). La conciliación una nueva cultura en la solución de conflictos. Revista en de acuerdo, 7.
- Ministerio de Justicia. (1992). La conciliación. Imprenta Nacional.
- Moncayo, Héctor León (1995). *Acceso de los pobres a la justicia*. Bogotá: Ilsa.
- Pabon Arrieta, Juan. *La solución alternativa de conflictos en el proceso de formación de una ciudadanía pluricultural*. En: Numas Armando Gil- compilador: Filosofía del derecho y filosofía social. Medellín. Señal Editora.
- Pérez Pinzón, Álvaro. (1991). *Desjudicialización ley 23 de 1991*. Bogotá: Consejo Superior de la judicatura- Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Romero, H. J.(2006). *La conciliación judicial y extrajudicial. Su aplicación en el derecho colombiano*. Bogotá: Edit. Legis.
- Seminario Contexto y perspectivas de los mecanismos alternativos de solución de conflictos. (2001). Bogotá: Uprimny, Rodrigo.
- Señales de convivencia. Boletín trimestral del programa nacional de casas de justicia. 1er semestre de 2005, No 9.
- Uprimny, R. (2001). “Las transformaciones de la administración de justicia en Colombia”, en Santos y García Villegas. Vol.I:261-315.
- Varón, J.C. (2002). *¡Mejor conciliemos! Una opción efectiva para la solución de las diferencias civiles y comerciales*. Programa de fortalecimiento de métodos alternos para la solución de controversias. Proyecto BID y Cámara de Comercio de Bogotá.
- Villamil, C. (2001). “Conciliación, comentario a las leyes 446 de 1998 y 640 de 2001”, en XXII congreso colombiano de derecho procesal. Universidad Libre, Bogotá.

Webgrafia.

- Cobo, A., Roldan, J. & Sarmiento. (2007). Estadísticas compiladas en la dirección de acceso a la justicia. [En línea], recuperado el 15 de noviembre de 2008, en <http://www.conciliacion.gov.co>
- http://www.conciliacion.gov.co/paginas_detalle.aspx?idp=121
- <http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/ESTADISTICAS/2008.ppt>
- <http://www.conciliacion.gov.co/archivos/documentos/ESTADISTICAS/PORDEPARTAMENTOS.ppt>



Título: Rastros de restos serie 10

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

LA DEFINICIÓN DE INFRACCIÓN AMBIENTAL EN LA LEY 1333 DE 2009: ¿ES CONTRARIA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?*

* El presente trabajo corresponde al trabajo de posgrado en Legislación Ambiental de la Universidad de Medellín y contó con la asesoría del doctor Carlos Alberto Zarate Yepes, Director de la Corporación Académica Ambiental y catedrático de la Universidad Nacional, sede Medellín.

Fecha de recepción: septiembre 23 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 16 de 2011

LA DEFINICIÓN DE INFRACCIÓN AMBIENTAL EN LA LEY 1333 DE 2009: ¿ES CONTRARIA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

Álvaro Garro Parra**

Jorge Honorio Arroyave Soto***

RESUMEN

Al procedimiento administrativo se le aplican las reglas del debido proceso, entre las cuales se encuentra el principio de legalidad que indica que la conducta debe estar previamente establecida en la norma para que pueda endilgarse responsabilidad. No obstante, el procedimiento administrativo sancionatorio ambiental regulado por la ley 1333 de 2009 ha establecido algunos límites a la aplicación de las reglas del debido proceso, verbigracia, la presunción de dolo o culpa como una restricción a la presunción de inocencia y la remisión normativa como restricción al principio de legalidad.

Este escrito examinará sumariamente si la aplicación restrictiva del principio de legalidad consagrado en el artículo 5 mencionado se ajusta a las exigencias de razonabilidad, finalidad y proporcionalidad, y por lo tanto, resulta acorde con la Constitución Nacional.

Palabras clave: Infracción ambiental, Ley 1339 de 2009, principio de legalidad.

THE DEFINITION OF ENVIRONMENTAL INFRACTION IN LAW 1333 OF 2009: IS IT OPPOSITE TO THE LEGALITY PRINCIPLE?

ABSTRACT

The rules of the due process are applied to administrative proceedings; one of these rules is the legality principle, it indicates that the conduct should be previously stipulated in the norm in order to can be possible to declare the responsibility. However, the administrative penalty environmental proceedings regulated by the Law 1333 of 2009 has established some limits to the application of rules of due process, for example, the presumption of intentionality or negligence how a restriction of innocence presumption and the normative sending how a restriction to the legality principle.

This article will analyze if the restrictive application of legality principle enshrined in the article 5 of Law 1339 of 2009 is adjusted to the demands of reasonableness, purpose and proportionality, and therefore, that results accord to National Constitution.

Keywords: environmental infraction, Law 1339 of 2009, legality principle.

** Abogado Universidad de Antioquia, 2005. Especialista en Legislación Ambiental Universidad de Medellín 2011. Área Metropolitana del Valle de Aburrá, abogado contratista. Teléfono 385 60 00, Ext 530. alvarogarrobogado@hotmail.com; alvaro.garro@metropol.gov.co

*** Abogado Universidad de Medellín. Especialista en Legislación Ambiental Universidad de Medellín 2011. Teléfono 232 95 42. jarroyavesoto@gmail.com

LA DEFINICIÓN DE INFRACCIÓN AMBIENTAL EN LA LEY 1333 DE 2009: ¿ES CONTRARIA EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD?

Planteamiento

El derecho ambiental se caracteriza por ser principalmente preventivo; más que establecer estipulaciones que sancionan una conducta contraria a derecho, establece reglas y procedimientos tendientes a que el sector productivo ejerza la actividad económica de manera que se logre el desarrollo sostenible. La norma ambiental tiene como finalidad esencial hacer compatibles el derecho a la libertad de empresa con el derecho a un ambiente sano, procurando que la actividad económica no se desarrolle a expensas del medioambiente.

Normas como la resolución 909 de 2008 “*por la cual se establecen las normas y estándares de emisión admisibles de contaminantes a la atmósfera por fuentes fijas y se dictan otras disposiciones*” y la resolución 2153 de 2010 “*por la cual se ajusta el Protocolo para el Control y Vigilancia de la Contaminación Atmosférica Generada por Fuentes Fijas, adoptado a través de la Resolución 760 de 2010 y se adoptan otras disposiciones*”, ambas del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que establecen los estándares de emisión admisibles de contaminantes a la atmósfera por fuentes fijas y el procedimiento para dar cumplimiento a dicha norma, tienen una finalidad preventiva para que se pueda ejercer libremente la empresa pero teniendo cuidado para no sobrepasar los límites de emisión establecidos en la norma.

En el mismo sentido, el decreto 4741 de 2005 “*por el cual se reglamenta parcialmente la prevención y el manejo de los residuos o desechos peligrosos generados en el marco de la gestión integral*” y la ley 1252 de 2008 “*por la cual se dictan normas prohibitivas en materia ambiental, referentes a los residuos y desechos peligrosos y se dictan otras disposiciones*”. Sobre la gestión integral de residuos o desechos peligrosos, pretenden, mediante la prevención, la minimización en la generación de residuos o desechos peligrosos y, una vez generados, instan a una disposición final adecuada.

Colombia ha acogido el instrumento de gestión ambiental de comando y control. Precisamente el nuevo procedimiento sancionatorio ambiental regula el segundo componente de dicho modelo, a saber, las sanciones cuando el regulado no cumple con los límites o estándares establecidos por la administración.

Allí donde el ejecutor de la actividad privada destinatario de la norma desconoce los preceptos ambientales, adquiere importancia la potestad sancionatoria de la administración, que se ejerce a través de los definidos cauces del procedimiento administrativo sancionatorio ambiental y cuya finalidad es la imposición de una sanción de carácter administrativo como consecuencia de la transgresión a la norma ambiental. La violación a la norma ambiental es la puerta de entrada al poder punitivo del Estado que en este caso se ejerce a través de las autoridades ambientales.

No obstante, el ejercicio del poder punitivo del Estado a través del órgano administrativo no es un asunto ajeno a la aplicación de las reglas del debido proceso elevadas a rango constitucional por el artículo 29 superior. En efecto, existen unas reglas del debido proceso que se aplican tanto al proceso judicial como al administrativo, verbigracia, la presunción de inocencia, el juez natural, el principio de contradicción, el principio de legalidad, la doble instancia, etc. En derecho penal, estas reglas del debido proceso son inquebrantables, mientras que en derecho administrativo se admite, incluso por la propia Corte Constitucional¹, la flexibilidad en la aplicación de estas reglas, o la aplicación en forma restringida de las mismas. En derecho tributario, cambiario y ambiental se admite una disminución de las garantías procesales, a través de la menor eficacia de las reglas del debido proceso, con el argumento de que la aplicación absoluta de las mismas restaría eficacia a las normas administrativas que protegen *derechos superiores*².

En derecho sancionatorio ambiental la tendencia es a la aplicación restringida de algunas reglas del debido proceso. La ley 1333 de 2009 y las siete sentencias que sobre la misma ha emitido la Corte Constitucional son la prueba fehaciente de la restricción en la aplicación de las reglas del debido proceso, verbigracia, la estipulación de la presunción del dolo o la culpa del presunto infractor³, restrictivo del derecho a la presunción de inocencia, la prohibición de impugnación contra el acto de imposición de una medida preventiva⁴, restrictivo del derecho a la impugnación y doble instancia. Otro ejemplo de la aplicación restringida de las reglas del debido

1 Corte Constitucional, sentencia C-595/10.

2 Corte Constitucional, sentencia C-595/10

3 Declarado exequible mediante sentencia C-595/10.

4 Declarado exequible mediante sentencia C-703/10.

proceso es el establecimiento de la remisión normativa o tipificación indirecta de las infracciones ambientales, consagrada en el artículo 5 de la citada ley.

¿Será entonces la restricción al principio de legalidad consagrada en el artículo 5 de la ley 1333 de 2009, al establecer la remisión normativa como forma de tipificar las infracciones ambientales, ajustada a la Constitución de 1991? El anterior interrogante es precisamente el que se abordará en este artículo.

1. Jurisprudencia en torno a la ley 1333 de 2009

Con la expedición del nuevo régimen sancionatorio ambiental se generó un gran debate en torno a algunas disposiciones contenidas en él, porque se consideraron contrarias a la Constitución Nacional. A la fecha de publicación de este artículo, la Corte Constitucional ha expedido siete sentencias de constitucionalidad, y en todas se ha declarado la exequibilidad de las disposiciones de la ley 1333 de 2009 que fueron objeto de demanda:

1.1. Sentencia C-595 de 2010

La Corte declaró **EXEQUIBLE** el párrafo del artículo 1° y el párrafo 1° del artículo 5° de la Ley 1333 de 2009. El demandante consideró que la presunción de dolo o culpa consagrada en los artículos 1 y 5 de la mencionada Ley era violatoria de los artículos 4 y 29 de la Constitución Nacional al desconocer el principio de presunción de inocencia. Para la Corte la aplicación restringida del principio de presunción de inocencia en el procedimiento sancionatorio ambiental se justifica porque el medioambiente constituye un bien de interés superior que merece una protección especial, porque las presunciones legales no están proscritas como técnica legislativa, y porque las disposiciones demandadas cumplen las exigencias de razonabilidad, finalidad y proporcionalidad.

1.2. Sentencia C-596 de 2010

La Corte ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-595/10.

1.3. Sentencia C-742 de 2010

La Corte declaró **EXEQUIBLES** los artículos 3 y 8 y las expresiones “presunto infractor”, “presuntos infractores” y “presuntamente” de los artículos 23, 24, 25,

27, 33 y 37 de la Ley 1333 de 2009. El demandante consideró que la ley mediante las disposiciones demandadas estatuyó un régimen de responsabilidad *objetiva*. Lo Corte reiteró que el régimen de responsabilidad establecido en materia sancionatoria ambiental es *subjetivo*, de tal manera que se exige el elemento volitivo, y el presunto infractor puede demostrar que no actuó con dolo o culpa y así se exonera de responsabilidad.

1.4. Sentencia C-401 de 2010

La Corte declaró la **EXEQUIBILIDAD**, por los cargos estudiados, del artículo 10 de la Ley 1333 de 2009. El demandante consideró que el término de caducidad de 20 años estatuido en el artículo 10 de la ley 1333 de 2009 era violatorio de los artículos 79 y 80 de la Constitución, al permitir que algunas infracciones ambientales quedaran sin sanción una vez vencido el término de caducidad. Para la Corte la potestad sancionatoria no puede quedar indefinidamente abierta, pues ello sería contrario a la seguridad jurídica y al debido proceso, además, puntualizó que la sanción no es el único mecanismo de protección del derecho colectivo al ambiente sano.

1.5. Sentencia C-1007 de 2010

La Corte ordenó estarse a lo resuelto en la sentencia C-595/10.

1.6. Sentencia C-703 de 2010

La Corte declaró **EXEQUIBLES** las expresiones “*son de ejecución inmediata*” y “*surten efectos inmediatos, contra ellas no procede recurso alguno y se aplicarán sin perjuicio de las sanciones a que hubiere lugar*”, contenidas en el artículo 32 de la Ley 1333 de 2009; **EXEQUIBLE** la expresión “*de acuerdo con la gravedad de la infracción*”, contenida en los artículos 36 y 40 de la Ley 1333 de 2009; **EXEQUIBLES** las expresiones “*Decomiso preventivo de productos, elementos, medios o implementos utilizados para cometer la infracción*”, “*Aprehensión preventiva de especímenes, productos y subproductos de fauna y flora silvestres*”, y “*Suspensión de obra o actividad cuando pueda derivarse daño o peligro para el medio ambiente, los recursos naturales, el paisaje o la salud humana o cuando el proyecto, obra o actividad se haya iniciado sin permiso, concesión, autorización o licencia ambiental o ejecutado incumpliendo los términos de los mismos*”, contenidas en el artículo 36 de la Ley 1333 de 2009; y **EXEQUIBLES** los artículos 38, 39, 43, 44, 45, 46, 47, 48 y 49 de la Ley 1333 de 2009. El demandante consideró que las normas demandadas eran violatorias del debido proceso, en especial del derecho

de contradicción, doble instancia, *non bis in idem*, y además por considerar que eran contrarias al derecho a la libertad. Para la Corte las normas acusadas resultan acordes con la Constitución Nacional porque las medidas preventivas son expresión del principio de precaución, de manera que al presentarse un **riesgo grave** para el medio ambiente, se justifica la imposición de las mismas y no es aceptable que se retrase su ejecución, verbigracia, con el uso del recurso de reposición; que la medida preventiva no es una sanción y por lo tanto no se vulnera el *non bis in idem*, y que el derecho a la libertad (libre desarrollo de la personalidad, libre empresa) tiene como límite los derechos de los demás y el orden jurídico; además, el ejercicio del derecho a la libertad va ligado a la existencia y las condiciones que lo hagan posible y perdurable, y la protección del derecho colectivo al ambiente sano pretende precisamente proporcionar dichas condiciones para el ejercicio de éste y otros derechos.

1.7. Sentencia C-222 de 2011. Comunicado de Prensa No. 15 de 1 de abril de 2011.

La Corte declaró **EXEQUIBLE** la adición del Parágrafo primero del artículo 38 de la Ley 1333 de 2009, realizada por el artículo 1° del Decreto 4673 de 2010, en el entendido de que la autorización allí prevista sólo será aplicable para las actividades relacionadas con la fase I de las contempladas en el marco de la emergencia económica, social y ecológica declarada mediante Decreto 4580 de 2010, en las zonas y municipios afectados, según este decreto; **EXEQUIBLE** la adición del Parágrafo segundo del artículo 38 de la Ley 1333 de 2009, realizada por el artículo 1° del Decreto 4673 de 2010; **EXEQUIBLE** la adición del Parágrafo segundo del artículo 38 de la Ley 1333 de 2009, realizada mediante Decreto 4673 de 2010, en el entendido de que en ningún caso el infractor, o el presunto infractor, será responsable por los gastos en que se incurra en relación con los bienes decomisados a partir del momento en el que se autorice su uso; y **EXEQUIBLE** el artículo 2° del Decreto 4673 de 2010.

La anterior jurisprudencia señala que *la primacía del medio ambiente resulta difícilmente controvertible* (C-703/10), lo cual sin duda da cuenta del papel protagónico que este derecho colectivo ha adquirido en los últimos tiempos. Que el derecho ambiental adquiera la entidad de bien jurídico superior implica que los derechos con los cuales eventualmente se enfrenta, en una ponderación, también son considerados como derechos o bienes superiores, verbigracia, el derecho a la presunción de inocencia, a la libertad de empresa o al principio de legalidad, y en algunos casos éstos deben ceder parcialmente ante la asunción de la nueva concepción del derecho ambiental, que cada vez adquiere más la connotación de derecho fundamental.

2. Incertidumbre en materia ambiental

La intervención de la administración en esta materia es esencialmente preventiva. Respecto al problema de la contaminación en una primera fase se acudió al alejamiento de los focos de contaminación, es decir, se atacaba externamente el problema. En la actualidad se ataca internamente el problema; el fin es evitar o reducir la contaminación en el origen o en la fuente, controlando materias primas, procesos, características de la contaminación, tecnologías, etc. No obstante, la Administración Pública no siempre tiene certidumbre acerca de los efectos de una actividad sobre el medioambiente, y aún en estos eventos debe decidir; no puede abstenerse de decidir, so pretexto de falta de certeza, y como instrumento de regulación de forma preventiva y sobre la incertidumbre se ha decidido por atacar el problema antes de que el mismo se presente, esto es, decidiendo sobre los riesgos que se asumen y de la distribución de los mismos en el cuerpo social.

Los *riesgos* que son consustanciales al progreso, generados por una industria y una tecnología que constituyen su eje principal⁵, deben ser objeto de regulación y la tipificación como infracción ambiental a través de la violación a las disposiciones ambientales constituye un ejemplo de dicha regulación.

Las decisiones de la administración ante la incertidumbre necesariamente han de fundamentarse en la teoría del riesgo; aquellas actividades que generen un alto riesgo para el medioambiente, los recursos naturales o la salud humana, deben ser controladas, pues de no hacerlo la vida humana misma peligraría (C-595/10).

2.1. El riesgo como objeto de regulación ambiental

La finalidad tanto de las medidas preventivas como de las sanciones consagradas en la ley 1333 de 2009 son esencialmente preventiva. En efecto, cuando dicha Ley incorpora como principios rectores los prescritos en el artículo 1 de la ley 99 de 1993, que a su vez remite a los principios universales contenidos en la declaración de Río de Janeiro de junio de 1992 sobre Medio Ambiente y Desarrollo, reconoce que la actividad de la administración debe recaer sobre aquellas actividades que generen riesgo para el medioambiente, la salud humana o los recursos naturales, bien sea que los efectos de la actividad sean conocidos, en cuyo caso se aplica el *principio de prevención*, o bien sea cuando sus efectos no se conozcan, en cuyo caso se aplica el *principio*

5 ESTEVE PARDO, José. Técnica, riesgo y derecho. Primera edición. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1999. 220 páginas. Y agrega el autor: "...el progreso tiene su lado oscuro del que emerge un personaje que será central en su tratamiento jurídico: el riesgo".

de precaución⁶. En adición, el artículo 4 del régimen sancionatorio establece en forma expresa y clara que la función de las sanciones y las medidas preventivas es, entre otras, la prevención.

Ahora bien, la aplicación del principio de prevención implica la necesidad de actuación sobre aquellas actividades que generan riesgo para el medioambiente, antes de que la actividad se desarrolle o antes de que la sociedad asuma los efectos, es decir, se ataca desde el principio el problema bajo el entendido de que existe un riesgo que la sociedad no está obligada a soportar y, en consecuencia, debe evitarse la materialización de dicho riesgo. Para lograr el cometido de prevenir la materialización de los riesgos no permitidos se hace uso del instrumento denominado *comando y control*, de acuerdo con el cual en un principio se establecen límites y estándares permisibles en el desarrollo de ciertas actividades, a los cuales se debe dar cumplimiento, y como segunda medida se contempla la sanción. Los límites y estándares establecidos en la norma no siempre se cumplen, ante lo cual se erige el derecho sancionatorio ambiental, que sin necesidad de demostrar un daño específico sanciona el incumplimiento a la norma, pues se presume que dicho incumplimiento causará un daño ambiental, bien sea porque se conoce de antemano que así es (prevención), o bien sea porque existe un riesgo grave de que así sea (precaución). En ambos casos la actividad reguladora de la administración debe actuar y queda como última opción la aplicación de la sanción para el destinatario de la norma que voluntariamente no se allane a su cumplimiento.

La resolución 909 de 2008 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial “*por la cual se establecen las normas y estándares de emisión admisibles de contaminantes a la atmósfera por fuentes fijas y se dictan otras disposiciones*, precisamente consagra como primera medida el grado de emisión de contaminantes tolerables a la atmósfera, a lo cual el destinatario de la norma deberá ceñirse. Si ello no ocurre, y la autoridad ambiental comprueba que se han sobrepasado los límites de emisión establecidos en la norma, o incluso sin comprobar dicho incumplimiento, por el simple hecho de que el industrial no demuestre que su emisión se encuentra dentro de los límites normativos, procede la aplicación de las sanciones

6 La Corte Constitucional en la sentencia C-595/10 estableció la diferencia entre el principio de precaución y prevención así:

“La prevención se basa en dos ideas-fuerza: el riesgo de daño ambiental podemos conocerlo anticipadamente y podemos adoptar medidas para neutralizarlo. Por el contrario, la precaución, en su formulación más radical, se basa en las siguientes ideas: el riesgo de daño ambiental no puede ser conocido anticipadamente porque no podemos materialmente conocer los efectos a medio y largo plazo de una acción. La posibilidad de anticipación es limitada e imperfecta al estar basada en nuestro grado o estadio de conocimientos científicos, los cuales son limitados e imperfectos. En consecuencia, no es posible adoptar anticipadamente medidas para neutralizar los riesgos de daños, porque éstos no pueden ser conocidos en su exactitud.”

establecidas en el artículo 40 de la ley 1333 de 2009, previo el agotamiento del procedimiento allí descrito.

La misma Corte Constitucional ha explicado que las infracciones que se cometen frente al medioambiente,

...por lo general subyacen en la realización de actividades peligrosas, las cuales por el riesgo inherente que rodea su ejercicio, suponen que el comportamiento dañoso envuelve una conducta negligente, imprudente o maliciosa. Así las cosas, es innegable que la presunción de culpabilidad en materia sancionatoria ambiental aparece como una herramienta procesal idónea para salvaguardar un bien jurídico particularmente importante respecto del cual la prueba del elemento subjetivo que fundamenta la responsabilidad, se dificulta y resulta excesivamente gravosa frente a una modalidad de comportamiento que, por el riesgo que ella misma involucra, supone necesariamente un actuar contrario al deber de diligencia. Así, por ejemplo, en esta misma dirección se encuentra el artículo 52 de la Ley 19.300 de 1994, proferida en la República de Chile⁷.

Para evitar la contaminación o el daño ambiental, la ley 1333 de 2009 en la definición de infracción ambiental acudió al principio de prevención, al establecer que el incumplimiento a la norma ambiental necesariamente llevará a la concreción de un resultado negativo que la norma pretende evitar: la contaminación o el daño ambiental, y por lo tanto que dicho incumplimiento es de por sí reprochable, sin necesidad de comprobar que efectivamente se ha presentado un fenómeno de contaminación o que el daño ambiental se ha producido. La *acción preventiva* atiende al proverbio: “más vale prevenir que curar”, es decir, es mejor evitar la contaminación o el daño ambiental, que una vez producida ésta sea demasiado cara su corrección o irreversibles sus efectos (C-595/10).

Ahora bien, con el fin de instrumentar la protección del bien jurídico consagrado en el artículo 79 de la Constitución Nacional, se hace necesario acudir a las infracciones de peligro abstracto, sin que sea necesario establecer una lista taxativa de conductas reprochables, y serán otras normas las que llenen de contenido material la definición de infracción ambiental, en virtud de la técnica legislativa de la remisión normativa. “Como lo que se intenta es que la humanidad, el hombre como especie no perezca, lo que se traduce en el derecho humano al ambiente, el delito de daño flaco favor le hace al principio jurídico protectivo, ¿de que sirve a la preservación

condenar, si el daño ya está producido y muchas veces es irreversible, con lo cual se acelera el colapso?”⁸

El legislador a través de la ley 1333 de 2009 quiso establecer un régimen sancionatorio ambiental fundamentado básicamente en el criterio de peligro al establecer que cualquier violación a las disposiciones ambientales constituye infracción ambiental, con lo cual impuso una segunda presunción legal (la primera es la presunción de dolo o culpa) a saber, que toda acción u omisión que no esté acorde con las disposiciones ambientales causa o puede causar peligro al medioambiente, a los recursos naturales o a la salud humana.

Con la anterior presunción legal de **peligrosidad de la conducta** tácitamente establece que esas conductas a largo plazo, en forma individual o acumulativa producirán grave daño al medioambiente o a los recursos naturales renovables⁹. El régimen sancionador ambiental castiga la infracción a la norma por un **peligro abstracto**, es decir, por la desobediencia a la norma, más allá de la puesta en **peligro concreto**, pues presume que éste siempre se presenta.

3. Principios del debido proceso

El régimen sancionador, bien sea en el campo penal o en el administrativo, debe respetar unas garantías mínimas del debido proceso. De conformidad con el artículo 29 de la Constitución Nacional tanto en las actuaciones judiciales como administrativas se deben respetar, entre otros:

El *principio de legalidad*, según el cual nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.

El *principio de presunción de inocencia*, según el cual toda persona se presume inocente mientras no se haya declarado culpable.

El *principio de contradicción*, según el cual el sindicado o investigado tiene derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.

El *principio de non bis in idem*, según el cual ninguna persona puede ser juzgada dos veces por el mismo hecho.

8 ALLENDE RUBINO, Horacio L. y ARCOCHA, Carlos E. Tratado de derecho ambiental. Rosario, Santa Fe, Argentina: Nova Tesis Editorial Jurídica. 2007. 519 paginas.

9 Aplicando, tal vez, lo que en derecho penal se conoce como causalidad cumulativa o causalidad complementaria aditiva, según la cual varias condiciones establecidas de manera independiente, actúan de manera conjunta, para provocar el resultado final.

Dado el limitado alcance de este trabajo, se analizará únicamente el principio de legalidad frente a la definición de infracción ambiental por la violación a las normas ambientales establecida en el régimen sancionatorio ambiental actualmente vigente.

El principio de legalidad, del cual hace parte la tipicidad, indica que la conducta sancionable debe estar descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas, es decir, que el regulado debe tener absoluta certeza sobre la prohibición de la conducta o sobre la obligación de ejecutar una acción determinada, sin importar si la misma norma describe la conducta o se remite en forma específica y contundente a otras normas determinadas. La remisión normativa no es una técnica legislativa prohibida y en muchos casos es necesaria para la protección de algunos derechos o bienes jurídicos de especial importancia.

Sobre el grado de certeza que debe tener la norma jurídica en el régimen sancionatorio, la Corte Constitucional se pronunció en los siguientes términos:

El principio de legalidad comprende una doble garantía. Una primera, de orden material y de alcance absoluto, conforme a la cual es necesario que existan preceptos jurídicos anteriores (*lex previa*) que **permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas infractoras del correcto funcionamiento de la función pública** y las sanciones correspondientes por su realización. La segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de rango legal, que convalide el ejercicio de los poderes sancionatorios en manos de la Administración. Los alcances de este principio en el derecho disciplinario son asegurar para el sujeto disciplinado, el derecho a conocer anticipadamente cuáles son las conductas prohibidas y las sanciones que se derivan de su infracción y exigir que su juicio se adelante conforme a los procedimientos preexistentes al acto que se le imputa y según las normas vigentes al momento de comisión del comportamiento antijurídico¹⁰ (Negrilla fuera de texto).

En materia sancionatoria ambiental se pueden presentar dos tipos de infracciones: la infracción por daño ambiental reconocida desde el artículo 17 de la ley 23 de 1973 y la infracción por la transgresión formal a la norma, reconocida desde el artículo 84 de la ley 99 de 1993, ambos tipos de infracción ahora recogidos por la ley 1333 de 2009.

La infracción por daño ambiental trae como consecuencia una sanción que se impone una vez se comprueba que se ha producido un daño al medioambiente o a los recursos naturales (sanción *ex post*). La infracción por violación a la norma ambiental

10 Corte Constitucional, sentencia C-762 de 2009.

trae como consecuencia la misma sanción, sin que sea necesaria la comprobación de un daño, sino que, por el mero peligro que representa la conducta (sanción ex ante), obedece a la necesidad de decisión de protección del bien jurídico colectivo cuando existe incertidumbre acerca de la ocurrencia del daño, pues en algunos casos los efectos de la conducta se evidencian años después de su realización, o sólo la combinación de diferentes hechos, que aisladamente no representen mayor peligro, en su conjunto, representan una gran amenaza de daño ambiental.

El régimen sancionador ambiental vigente, establecido mediante la ley 1333 de 2009, define lo que ha de entenderse por infracción ambiental de la siguiente manera:

Artículo 5°. Infracciones. Se considera infracción en materia ambiental toda acción u omisión que constituya violación de las normas contenidas en el Código de Recursos Naturales Renovables, Decreto ley 2811 de 1974, en la Ley 99 de 1993, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes en que las sustituyan o modifiquen y en los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. Será también constitutivo de infracción ambiental la comisión de un daño al medio ambiente, con las mismas condiciones que para configurar la responsabilidad civil extracontractual establece el Código Civil y la legislación complementaria, a saber: El daño, el hecho generador con culpa o dolo y el vínculo causal entre los dos. Cuando estos elementos se configuren darán lugar a una sanción administrativa ambiental, sin perjuicio de la responsabilidad que para terceros pueda generar el hecho en materia civil (Negrilla fuera de texto).

En sentido restringido y atendiendo al tenor literal del texto en comento se concluye que sólo constituye infracción ambiental la acción u omisión que viole las normas contenidas en el decreto-ley 2811 de 1974, en la ley 99 de 1993 y en la ley 165 de 1994, incluyendo obviamente las normas que las sustituyan o las modifiquen, y también la acción u omisión que viole los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente. Esta interpretación, que atiende al tenor literal y obvio de las palabras, concluye que la lista de normas enunciadas es taxativa y no meramente enunciativa.

No obstante, atendiendo la finalidad del legislador al establecer en forma amplia la definición de infracción, se concluye que dicha interpretación no es la más acertada. En primer, lugar dicha teoría desconocería que la violación a otras disposiciones ambientales puede constituir infracción ambiental, verbigracia la violación a las normas contenidas en el decreto 2676 de 2000 “*por el cual se reglamenta la gestión integral de los residuos hospitalarios y similares*” o el decreto 4741 de 2005 “*por el cual se reglamenta parcialmente la prevención y el manejo de los residuos o desechos peligrosos generados en el marco de la gestión integral*”, normas de claro contenido ambiental. En segundo lugar erróneamente se concluiría que la violación

a cualquier acto administrativo emanado de la autoridad ambiental competente constituiría una infracción ambiental, verbigracia un acto administrativo en el que se haga un reconocimiento económico a un servidor público.

La interpretación extensiva de la norma, generalmente aceptada, indica que toda acción u omisión que viole cualquier disposición ambiental vigente, incluyendo aquí los actos administrativos de carácter ambiental emanados de la autoridad ambiental, constituye una infracción ambiental.

Tal como está redactada la norma, cualquier trasgresión a las disposiciones ambientales podrá dar lugar al inicio del proceso sancionatorio ambiental, sin importar el destinatario de la misma, ya que la norma no hace ninguna diferenciación en este punto y por lo tanto no le es dable al intérprete establecer excepciones: “La infracción ambiental puede provenir del cualquier sujeto que esté en obligación de aplicar, atender o dar cumplimiento a la normativa ambiental”¹¹.

La regulación diferenciada de la infracción por riesgo ambiental y la infracción por daño o impacto ambiental ha sido una decisión reconocida no sólo en la tipificación de la conducta, sino también en la dosificación de la sanción aplicable. Es así como el Gobierno Nacional, al establecer los criterios y adoptar la metodología para la imposición de las sanciones consagradas en el artículo 40 de la ley 1333 de 2009, mediante el Decreto 3678 de 2010 y la Resolución 2086 de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, dio un tratamiento diferencial a la sanción como consecuencia de una conducta que constituye riesgo ambiental de una sanción que efectivamente ha causado un daño al medio ambiente. En el documento elaborado por el Ministerio citado, que sirve de soporte a la Resolución 2086 del 2010, se lee:

Como elemento central de graduación, la multa incorpora la evaluación cualitativa de la afectación ambiental, así como el riesgo derivado de la infracción, determinando la gravedad de la infracción y tal como lo establece la ley, se tienen en cuenta las circunstancias atenuantes y agravantes, relacionadas con el comportamiento del infractor, así como sus condiciones socioeconómicas.

...

Aquellas infracciones que no se concretan en impactos ambientales, generan un riesgo potencial de afectación. El nivel de riesgo que genera dicha acción se encuentra asociado a la probabilidad de ocurrencia de la afectación así como a la magnitud del potencial efecto.¹² Subrayado fuera de texto.

11 ÁLVAREZ PINZÓN, Gloria Lucía. Las infracciones en materia ambiental. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

12 ZÁRATE YEPES, Carlos Alberto, investigador principal. Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental: Manual conceptual y

Lo anterior muestra a las claras que ha sido una decisión firme del Gobierno Nacional tipificar y sancionar no sólo las conductas que generen un daño o afectación ambiental, que merecen una sanción mayor, sino también aquellas que sin llegar a causar un daño o afectación ambiental sí generan un alto riesgo, y en consecuencia de no existir un instrumento legal como la ley 1333 de 2009 que logre disuadir acerca de la peligrosidad de la conducta o actividad, se sometería a la sociedad a las consecuencias que se presumen negativas para el medioambiente, la salud humana o los recursos naturales. Las disposiciones ambientales a que se refiere el artículo 5 de la ley 1333 de 2009 establecen mandatos o prohibiciones, no de manera general sino atendiendo al *régimen especial*, esto es sobre el medioambiente, y regulan aquellas conductas o actividades que consideran tienen o pueden tener efectos negativos sobre el medioambiente.

3.1. La remisión normativa consagrada en el artículo 5 de la ley no viola el principio de legalidad

La técnica de la remisión normativa no es un asunto sólo del derecho sancionador ambiental, y en otras áreas del derecho el legislador ha acudido a ella, sin que implique violación de la Constitución Nacional, tal como lo ha manifestado la propia Corte Constitucional:

(...) La remisión normativa como técnica legislativa no es per se inconstitucional cuando se analiza desde la perspectiva del principio de tipicidad, puesto que es preciso verificar qué parte de la disposición en cuestión requiere completarse con otros preceptos jurídicos y si es posible efectivamente completar la norma cuestionada a partir de la lectura de las normas a las que se remite. Por tanto, no es posible inferir del principio de tipicidad que una remisión que el mismo legislador hace a otro instrumento normativo sea de suyo inexecutable. No obstante, para que la remisión sea constitucional la disposición que la efectúa ha de comprender unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto. Además, es necesario que las normas a las que se remite contengan, en efecto, los elementos que permiten definir con precisión y claridad la conducta sancionada, de forma tal que su aplicación se efectúe con el respeto debido al principio de tipicidad. Adicionalmente, a las personas no se les puede aplicar una descripción de la conducta sancionada efectuada con

posterioridad a la realización de dicha conducta, por que ello desconocería el principio de *lex praevia*¹³.

(...) Lo anterior no significa un sacrificio del principio de legalidad, pues es claro que ha de poderse determinar que una norma específica, clara, concreta, exigía el cumplimiento de determinados requisitos, obligaciones o deberes, para que la administración pueda, en uso del derecho sancionador, imponer una pena por su inobservancia. La exigencia de una clasificación detallada de infracciones administrativas en normas tipo, en donde no sólo se haga una descripción exacta de la conducta que será objeto de sanción sino de la sanción misma, modelo típico del precepto penal, devendría en el desconocimiento de la naturaleza misma de la actividad administrativa¹⁴.

No es posible que un solo texto normativo agrupe todas las conductas que han de considerarse infracciones ambientales. Ante la complejidad e incertidumbre que se cierne sobre el derecho ambiental, se requiere cada vez de conocimientos especializados por sectores, que generalmente escapan a la regulación jurídica. También el trepidante avance tecnológico hace imposible la tipificación de las conductas en un mundo cada vez más cambiante. Existe una clara dificultad de tipificación taxativa de las infracciones ambientales, y por tanto es justificable y razonable que el legislador haya acudido a la remisión normativa como forma de identificar las conductas sancionables.

Ahora bien, que haya una justificación para la remisión normativa en la definición de infracción ambiental en las conductas de peligro no significa, de plano, que la forma como se hizo la remisión sea constitucional. Para que la remisión normativa no viole el principio de tipicidad es necesario que la descripción comprenda *unos contenidos mínimos que le permitan al intérprete y ejecutor de la norma identificar un determinado cuerpo normativo sin que haya lugar a ambigüedades ni a indeterminaciones al respecto*. El artículo 5 de la ley 1333 de 2009 establece en forma clara los límites requeridos, de suerte que cualquier violación a las normas ambientales vigentes, incluidos los actos administrativos emanados de la autoridad ambiental competente, constituye infracción ambiental. Lo anterior significa que todas las normas que regulen los recursos naturales, el medioambiente o la salud humana, desde la Constitución Nacional hasta el acto administrativo emanado de la autoridad ambiental competente, son susceptibles de violación por parte de los regulados, y en estos casos procede la sanción como consecuencia jurídica de la transgresión.

13 Corte Constitucional, sentencia C- 343-06

14 Corte Constitucional, sentencia C-564/00

Aunque las disposiciones ambientales se encuentren dispersas por todo el ordenamiento jurídico, es posible identificar las mismas a través de un análisis juicioso del contenido de la normativa. Ha habido intentos de definición de norma ambiental como aquella que establece medidas de protección del medioambiente y fija niveles de protección, límites y condiciones teniendo en cuenta los bienes ambientales protegidos; las actividades y/o sustancias contaminantes, *normas que establecen medidas que condicionan y limitan el ejercicio de actividades que generan riesgos medioambientales, imponiendo niveles de protección con técnicas distintas*¹⁵, o como *el conjunto de objetivos, principios, criterios y orientaciones generales para la protección del medio ambiente de una sociedad particular*¹⁶.

La Corte Constitucional no ha realizado un análisis directo del artículo 5 de la ley 1333 de 2009, pero de lo dispuesto en la sentencia C-703 de 2010, puede concluirse que dicho Tribunal avala la forma como el legislador tipificó las infracciones ambientales en la norma en mención.

La Corte recordó que no en todos los casos es viable exigir un rigor tan estricto, pues ya ni siquiera en el ámbito mismo del derecho penal los principios que otrora se pretendían absolutos tienen ese carácter y si bien son aplicables al derecho administrativo sancionador, lo son con matices derivados de las características propias de éste. Tratándose del medioambiente, se pone de relieve su singularidad que proviene de la ingente cantidad de relaciones y objetos merecedores de protección e igualmente del carácter variable de las situaciones particularmente expuestas a los cambios tecnológicos que suelen introducir más riesgos o cambiar velozmente situaciones ya definidas al amparo de criterios superados, lo que hace casi imposible para el legislador prever todas y cada una de las conductas a través de las cuales las personas naturales o jurídicas pueden violar las normas ambientales. De esta forma, aunque igualmente rijan los principios de legalidad y tipicidad, no es “dable asimilar el radio de acción de estos en el campo penal y en el campo administrativo, porque la aplicación irrestricta de éstos puede desconocer la finalidad misma de la infracción administrativa” (Sentencia C-564/00). En este sentido, 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 éstos será objeto de sanción. Por consiguiente, la infracción la constituye el incumplimiento de las normas

15 AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental. Madrid: Editorial Montecorvo, S.A, 2004. Pág. 35.

16 Red de Desarrollo Sostenible, Colombia

contenidas en una reglamentación específica. Así lo establece el artículo 5° de la Ley 1333 de 2009, al definir como infracción ambiental la comisión de un daño al medioambiente 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, en la Ley 165 de 1994 y en las demás disposiciones ambientales vigentes”.

La norma revisada, en menor grado, establece una aplicación restringida del principio de legalidad al no detallar en el mismo texto cuáles son las conductas reprochables desde el punto de vista ambiental, pero dicha restricción está lejos de ser inconstitucional. Existen diferentes razones para que el legislador haya optado por esta técnica legislativa, verbigracia, la protección de un bien jurídico superior o el acelerado cambio tecnológico, lo cual justifica desde el punto de vista constitucional la tipificación indirecta del riesgo ambiental como una conducta objeto de reproche y por lo tanto objeto de sanción, obviamente con el tratamiento diferenciado que desde el Decreto 3678 de 2010 y la Resolución 2086 de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, se ha establecido para la sanción ex ante y para la sanción ex post.

4. Conclusiones

- El derecho ambiental constituye un bien jurídico de superior jerarquía que merece una protección especial por parte del legislador. Teniendo el grado de conocimiento especializado que requiere la regulación ambiental, aunado al trepidante avance tecnológico, no es posible establecer una lista taxativa de infracciones ambientales y por lo tanto la técnica de remisión normativa en este punto resulta ajustada a los requisitos de razonabilidad, finalidad y proporcionalidad.
- La infracción ambiental por violación a la norma establecida en el artículo 5 de la ley 1333 de 2009 no es contraria al principio de legalidad, pues de dicho texto normativo se puede determinar claramente el cuerpo normativo al cual se remite, esto es, a todo el ordenamiento jurídico que regule los recursos naturales, el medioambiente o la salud humana, desde la Constitución Nacional hasta el acto administrativo de contenido ambiental emanado por la autoridad competente.
- La Corte Constitucional no ha analizado directamente el artículo 5 de la ley 1333 de 2009, sin embargo, de una lectura de la parte considerativa de la sentencia C-703 de 2010 se puede concluir, sin mayor esfuerzo, que para dicho Tribunal

es perfectamente ajustado a la Constitución Nacional la definición de infracción ambiental realizado por el legislador en el artículo 5 de la ley 1333 de 2009.

Bibliografía

- AGUDO GONZÁLEZ, Jorge. El control de la contaminación: técnicas jurídicas de protección medioambiental. Madrid: Editorial Montecorvo S.A. 2004. 597 páginas.
- ALLENDE RUBINO, Horacio L. y ARCOCHA, Carlos E. Tratado de derecho ambiental. Rosario, Santa Fe, Argentina: Nova Tesis Editorial Jurídica. 2007. 519 páginas.
- ÁLVAREZ PINZÓN, Gloria Lucía. Las infracciones en materia ambiental. Nuevo Régimen Sancionatorio Ambiental. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2010. 396 páginas.
- CALLE VÁSQUEZ, Rosángela. Procedimiento administrativo sancionatorio en materia ambiental. Perspectivas del Derecho Ambiental en Colombiano. Bogotá: Universidad del Rosario. 2006. 622 páginas.
- ESTEVE PARDO, José. Derecho del medio ambiente. Segunda edición. Madrid: Marcial Pons. 2008. 276 páginas.
- ESTEVE PARDO, José. Técnica, riesgo y derecho. Primera edición. Barcelona: Editorial Ariel S.A. 1999. 220 páginas.
- PÉREZ, Efraín. Derecho ambiental. Santa Fe de Bogotá: Mc Graw Hill. 2000. 294 páginas.
- ZÁRATE YEPES, Carlos Alberto, investigador principal. Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial. Metodología para el cálculo de multas por infracción a la normativa ambiental: Manual conceptual y procedimental / Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales; Universidad de Antioquia. Corporación Académica Ambiental; Zárate Y., Carlos A.; et ál. (invest.). -- Bogotá, D.C.: Colombia. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; Universidad de Antioquia, 2010. 51 páginas.
- SIAC Sistema Información Ambiental de Colombia

Jurisprudencia

Corte Constitucional

T-415-92; T-145-93; C-564-00; C-710-01; C-939-02; C-530-03; C-343-06; C-762-09; C-595-10; C-596-10; C-742-10; C-401-10; C-703-10; C-1007-10 y C-222-11, en el comunicado de prensa No. 15 del 1 de abril de 2011.

Otros**Constitución Nacional.**

Ley 23 de 1973.

Ley 99 de 1993.

Decreto-ley 2811 de 1974.

Ley 1333 de 2009.

Ley 1252 de 2008.

Decreto 4741 de 2005.

Decreto 2676 de 2002.

Decreto 3678 de 2010.

Resolución 909 de 2008 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Resolución 2153 de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Resolución 2086 de 2010 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.



Título: Rastros de restos serie 11

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***LA CARGA DINÁMICA
DE LA PRUEBA
EN LA RESPONSABILIDAD
ADMINISTRATIVA POR LA ACTIVIDAD
MÉDICA -DECAIMIENTO
DE SU APLICABILIDAD-***

Fecha de recepción: septiembre 23 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 16 de 2011

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA ACTIVIDAD MÉDICA -DECAIMIENTO DE SU APLICABILIDAD-

Juliana Pérez Restrepo

RESUMEN:

La carga dinámica de la prueba es una teoría del derecho probatorio que asigna la carga de probar a la parte procesal que se encuentre en mejores condiciones de hacerlo. Esta modalidad de carga procesal fue empleada por el Consejo de Estado para resolver casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, en el período comprendido entre los años 1990 y 2006, dada la dificultad que representaba para el paciente probar los hechos constitutivos de la falla del servicio médico estatal. En su primera fase, la carga probatoria dinámica fue utilizada pero con una inversión probatoria que se tornó estática, esto es, la presunción permanente de la falla del servicio. Luego, se unificaron conceptos para determinar que la carga dinámica probatoria debía ser aplicada siguiendo sus lineamientos, y no a través de la petrificación de una regla de prueba. Empero, en el año 2006 esta modalidad de carga procesal fue abandonada para retornar a la falla probada, en la cual el accionante debe probar todos los supuestos fácticos de la demanda, tomando gran vuelo la prueba indiciaria. En este escrito, por lo tanto, se expondrán las causas que ocasionaron dicho cambio de cargas procesales, y algunas críticas a este respecto.

Palabras clave: Carga de la prueba, carga dinámica de la prueba, responsabilidad médica administrativa, falla del servicio, prueba indiciaria.

DYNAMIC CHARGE OF PROOF IN THE ADMINISTRATIVE RESPONSIBILITY FOR THE MEDICAL ACTIVITY -DESPONDENCY OF ITS APLICABILITY-

ABSTRACT

Dynamic charge of proof is a theory of probative law that assigns the charge of proof to the part proceedings with more access to do. This was used by the State Council to resolves cases of administrative responsibility by the medical activity, between 1990 and 2006 years, because it was difficult for the medical patient proof the facts constitutes of the state failure in medical service. In its first stage, the dynamic charge of proof was used, but with the permanent presumption of service failure. Later, the concepts were unified to determine that dynamic charge of proof should be applied following their guidelines. However, in the 2006 year, that was left for returned to the failure proven in which the petitioner must prove all facts of the claim, in this the circumstantial evidence is very important. In this text, we are going to show the reasons that cause the change.

Keywords: Charge of proof, dynamic charge of proof, medical administrative responsibility, failure of the service, circumstantial evidence.

LA CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA POR LA ACTIVIDAD MÉDICA -DECAIMIENTO DE SU APLICABILIDAD-

Presentación

Este artículo es producto de la actividad encomendada en el proyecto de investigación, cuyo título original es “*La argumentación de los hechos en la valoración de la prueba y el concepto de probabilidad en la responsabilidad administrativa por la actividad médica*”, que tiene acta de iniciación del 11 de abril de 2007 y se inscribió tanto en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, como en el CODI de la misma Universidad.¹

El desarrollo del artículo comprende, en una primera parte, la concepción teórica acerca de la carga de la prueba y de la carga dinámica de la prueba. En el segundo acápite se aborda el tema del origen y la evolución de la carga dinámica de la prueba en el ordenamiento jurídico colombiano. En el tercer acápite, se efectúa una descripción histórica de los sucesos relacionados con la pérdida de fuerza de la carga dinámica de la prueba, como modalidad de carga procesal aplicada por el Consejo de Estado, para decidir sobre los casos de responsabilidad estatal por falla del servicio de salud, y se plantean algunas críticas atinentes a esta cuestión.

La carga dinámica de la prueba en la responsabilidad administrativa por la actividad médica -Decaimiento de su aplicabilidad-

1 Los partícipes de este trabajo de investigación son los siguientes profesores y estudiantes:
Investigador principal: Luis Bernardo Ruiz Jaramillo. Co-investigadores: Rosmery Velásquez Herrera, Oscar Alberto García Arcila, Adriana María Ruiz Gutiérrez y Víctor Alonso Pérez Gómez. Asesora metodológica: Águeda Torres Marín. Estudiante en formación y auxiliares: Yeison Manco López, Alejandra Ortiz Fernández, Juliana Pérez Restrepo y Jesús David Polo Rivera.

1. ¿Qué es la carga dinámica de la prueba?

1.1 Generalidades del concepto “carga de la prueba”

Antes de introducirnos en la carga dinámica de la prueba debemos acercarnos al concepto originario, esto es, la carga de la prueba. El artículo 177 del Código de Procedimiento Civil señala que: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen...*”. En palabras simples, esta norma señala que las partes, si aspiran sacar adelante cada una de sus pretensiones y excepciones, o su defensa en general, pueden aportar las pruebas necesarias que permitan demostrar los hechos y efectos jurídicos contemplados en la norma. Esta norma, es el fundamento legal de la carga de la prueba en nuestro ordenamiento jurídico.²

La carga de la prueba, como la define PARRA,

Es una noción procesal que consiste en una regla de juicio, que le indica a las partes la autorresponsabilidad que tienen para que los hechos que sirven de sustento a las normas jurídicas cuya aplicación reclaman aparezcan demostrados y que, además, le indica al juez cómo debe fallar cuando no aparezcan probados tales hechos.

*...no es la carga una obligación ni un deber, por no existir sujeto o entidad legitimada para exigir su cumplimiento. Tiene necesidad que aparezca probado el hecho la parte que soporta la carga, pero su prueba puede lograrse por la actividad oficiosa del juez o de la contraparte.*³

Asimismo, ROSENBERG plantea:

*Las reglas sobre la carga de la prueba (...) ayudan al juez a formarse un juicio, afirmativo o negativo sobre la pretensión que se hace valer, no obstante la incertidumbre con respecto a las circunstancias de hecho, porque le indican el modo de llegar a una decisión en semejante caso. La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar, en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada.*⁴

(...)

2 En materia estatal constituye la llamada falla probada del servicio.

3 PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004, Pág. 242.

4 ROSENBERG, Leo. La carga de la Prueba. Montevideo: B DE F, 2002, Pág. 7.

*(...) cada parte tiene la carga de la afirmación y de la prueba con respecto a los presupuestos y las características o el estado de cosas relativos a las normas jurídicas que le son favorables, esto es, de las normas sin cuya aplicación la parte no puede tener éxito en el proceso.*⁵

Otro autor fundamental para la definición de este tópico es MICHELI, quien afirma que: *“La tradición romana, recibida por los legisladores del siglo XIX a través de la elaboración doctrinal del derecho común, funda el concepto de carga de la prueba sobre la necesidad práctica de que cada una de las partes alegue y pruebe en el proceso aquellos hechos a los cuales la norma jurídica vincula el efecto deseado.*⁶

Para MICHELI,

La noción sobre la cual se ha hecho girar toda la teoría de la carga de la prueba, es precisamente la de carga entendida como entidad jurídica distinta de la obligación, en el sentido de que en determinados casos la norma jurídica fija la conducta que es necesario observar, cuando un sujeto quiera conseguir un resultado jurídicamente relevante. En tales hipótesis, un determinado comportamiento del sujeto es necesario para un fin jurídico alcanzado, pero, de otro lado, el sujeto mismo es libre de organizar la propia conducta como mejor le parezca, y, por consiguiente, también eventualmente en sentido contrario al previsto por la norma. La no observancia de esta última, pues, no conduce a una sanción jurídica, sino sólo a una sanción económica; y precisamente la no obtención de aquel fin, conducirá, por tanto, a una situación de desventaja para el sujeto titular del interés tutelado.⁷

(...)

La regla de la carga de la prueba tiene (...) como su principal destinatario al juez y su naturaleza jurídica depende, por tanto, de la del ambiente en que ella actúa, esto es, el proceso.⁸

Se puede resumir la carga de la prueba en tres puntos: a) poder de las partes de disponer del material de hecho sobre el cual se fundan las respectivas pretensiones, y sobre el cual el juez deberá después formar el propio convencimiento; b) deber del juez de juzgar con limitación consiguiente de sus poderes instructorios y decisorios; y c) necesidad de que el juez decida en cada caso en el sentido del acogimiento o del rechazamiento de la demanda.⁹

5 Ibid. Pág. 198.

6 MICHELI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961, Pág. 59.

7 Ibid. Págs. 60-61.

8 Ibid. Pág. 213.

9 Ibid. Pág. 104

De otra parte, para saber qué se entiende por carga de la prueba es indispensable, según DEVIS, distinguir los dos aspectos de la noción, a saber:

1º) por una parte, es una regla para el juzgador o regla del juicio, porque le indica cómo debe fallar cuando no encuentre la prueba de los hechos sobre los cuales debe basar su decisión, permitiéndole hacerlo en el fondo y evitándole el proferir un non liquet, esto es, una sentencia inhibitoria por falta de pruebas, de suerte que viene a ser un sucedáneo de la prueba de tales hechos; 2º) por otro aspecto, es una regla de conducta para las partes, porque indirectamente les señala cuáles son los hechos que a cada una les interesa probar (...), para que sean considerados como ciertos por el juez y sirvan de fundamento a sus pretensiones o excepciones.¹⁰

Por tanto, para DEVIS la carga de la prueba es: “...una noción procesal, que contiene la regla de juicio por medio de la cual se le indica al juez cómo debe fallar; cuando no encuentra en el proceso pruebas que le den certeza sobre los hechos que deben fundamentar su decisión, e indirectamente establecer a cuál de las partes le interesa la prueba de tales hechos, para evitarse las consecuencias desfavorables a ella o favorables a la otra parte.”¹¹

Para este último autor, su concepto de carga de la prueba armoniza con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, esto es, a cada parte le incumbe demostrar lo que le atañe según sea el caso, lo que puede evidenciar que el contenido de la carga dinámica de la prueba no coincide con sus postulados en la materia. Reitera:

(...) la carga de la prueba no significa que la parte sobre quien recae deba ser necesariamente quien presente o solicite la prueba del hecho que fundamenta su pretensión o excepción sino que señala apenas a quién interesa la demostración de ese hecho en el proceso. Se exige que aparezca la prueba, más no importa quién la aduzca. De ahí que consideramos incorrecto decir que la carga de la prueba determina quién debe probar cada hecho, pues únicamente señala quién tiene interés jurídico en que resulte probado, porque se perjudica o sufre la consecuencia desfavorable de su falta de prueba; sólo cuando no aparece ésta, corresponde determinar la parte que debía evitar su omisión. Es decir: indica a quién corresponde evitar que falte la prueba de cierto hecho, si pretende obtener una decisión favorable basada en él, pero si el juez o la contraparte la suministran, queda cumplido el interés de quien era sujeto de tal carga y satisfecha ésta. Si es un hecho exento de prueba, no existe carga de probarlo.¹²

10 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Temis, 2002, Pág. 405.

11 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Compendio de la Prueba Judicial. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007, Pág. 197.

12 *Ibid.* Pág. 198.

Así, vimos en qué consiste la carga de la prueba. En el acápite siguiente, se expondrá cómo dicha carga se modifica a través del dinamismo probatorio.

1.2 CONSIDERACIONES ACERCA DE LA “CARGA DINÁMICA DE LA PRUEBA”

La carga dinámica de la prueba es una tesis que surge como consecuencia de un complejo caso de responsabilidad médica en Argentina, y de las construcciones teóricas en torno a este tema consolidadas por PEYRANO¹³, quien en su obra “*Cargas Probatorias Dinámicas*”, la que comparte con otros autores, elabora toda una sistematización al respecto. Esta tesis sustenta que “*más allá del carácter de actor o demandado, en determinados supuestos la carga de la prueba recae sobre ambas partes, en especial sobre aquella que se encuentre en mejores condiciones para producirla.*”¹⁴

De la misma forma, en la obra de PEYRANO se sostiene: “*Así pues, esta nueva teoría no desconoce las reglas clásicas de la carga de la prueba, sino que trata de complementarla o perfeccionarla, flexibilizando su aplicación en todos aquellos supuestos en que quien debía probar según la regla tradicional se veía imposibilitado de hacerlo por motivos completamente ajenos a su voluntad.*”¹⁵

Una definición precisa acerca de la carga dinámica de la prueba, consiste en que ésta es “*una regla que permite al juez en el caso concreto determinar cuál de las partes debe correr con las consecuencias de la falta de prueba de determinado hecho, en virtud a que a ésta le resulta más fácil suministrarla*”¹⁶. Esto indica que la carga de la prueba no está señalada de antemano, no se establece previamente el sujeto que debe probar de acuerdo con lo que se persigue. Dependiendo de las circunstancias del caso concreto, del objeto litigioso y la mayor o menor posibilidad de consecución de la prueba, ésta le corresponderá aportarla a aquella parte que esté en mejores condiciones para hacerlo.

Lo anterior, es corroborado por TAMAYO, el cual afirma que:

13 VALENTÍN, Gabriel. Análisis Crítico de la llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas. [En línea]: http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf [Marzo 17 de 2011].

14 PEYRANO, Jorge Walter, *et al.* Cargas Probatorias Dinámicas. *Op. Cit.*, Pág. 60.

15 *Ibid.* Pág. 60.

16 BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: Revista Temas Jurídicos. N° 11, 1995, Pág. 16.

No se trata de que a priori y como principio general inmutable, se invierta la carga probatoria que incumbe a una de las partes. De lo que se trata es de obligar a todos los contendientes a aportar todas las pruebas que estén a su alcance para lograr el conocimiento de la verdad real. En este orden de ideas el juez podrá prescindir, en tratándose de la prueba de la culpa, de un principio general que le imponga al demandante probar la culpa del demandado. Pero también deberá prescindir, de un principio general de presunción de la culpa, todo depende del caso concreto.¹⁷

La carga dinámica de la prueba es, finalmente, una obligación para el juez, que debe contar con la capacidad de estructurar los hechos jurídicamente relevantes y la respectiva parte a la que le incumbe probarlos, en este sentido el juez es un ente activo que debe repartir las cargas probatorias. En otras palabras, el juez es el único que tiene la posición de obligado con la carga de la prueba, pues las partes no tienen deber u obligación de llevar la prueba.

En Colombia la carga probatoria dinámica no ha tenido consagración legal expresa, ha sido de tratamiento jurisprudencial. Empero, en el proyecto de ley de Código General del Proceso, en su artículo 167, se incluye la carga probatoria dinámica, a saber: “*Artículo 167.- Carga de la prueba. Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. **No obstante, cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos.** (...)”.* Negrilla y subrayado fuera del texto.

Por tanto, el nuevo Código General del Proceso traería consigo esta innovación. En este proyecto de ley se manifiesta:

“El derecho fundamental a la prueba implica que a ella se debe acceder sin obligar al necesitado a realizar actos de proeza o que sencillamente a pesar de tener ese derecho, le resulte imposible conseguirla, porque quien la puede desahogar es su contraparte y ésta no tiene interés en hacerlo. Frente a esta realidad y con sustento en el artículo 1° de la Constitución Política que se refiere a la solidaridad de las personas, se consagra que cuando a una de las partes le resulte más fácil probar determinados hechos, corresponde a ella demostrarlos. La carga de la prueba mantiene su concepción clásica, pero en determinados casos hay un desplazamiento a una especie de solidaridad dentro de la concepción liberal para que el otro que tiene la facilidad por motivos que no es necesario ni siquiera enunciar, ya que en cada caso y de

17 TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993, Pág. 91.

*conformidad con las reglas de la experiencia se llegará a la conclusión, a quién le quedaba más fácil probar un determinado hecho.*¹⁸

Después de todo surge el siguiente interrogante: ¿Qué críticas ha merecido el concepto de carga probatoria dinámica? Entre otros autores, TAMAYO, citado arriba, hizo críticas al Consejo de Estado por la posición que éste asumía en torno al manejo del concepto en cuestión. Tal crítica se basó en que, primero, se rompía la regla general según la cual la carga de la prueba la tiene el demandante, pues el demandado no tiene porqué acudir al proceso a probar (salvo cuando propone excepciones), segundo, la carga dinámica de la prueba se convierte en violatoria del derecho de defensa, del debido proceso, porque si la aplicación de la teoría de la carga dinámica de la prueba la realiza el juez, quien acude al proceso jurisdiccional, de antemano, no sabe cómo razonará este al momento de decidir, y perfectamente la parte demandada puede ser sorprendida con la declaración de que tenía la carga de la prueba y no probó.

Desde otra óptica, Sergio José Barberio¹⁹ manifiesta que todo litigante:

*“no puede hoy día ignorar la plena vigencia de esta nueva doctrina (...). Por tal razón no hay en verdad “sorpresas”, pues aquel que se encuentra en mejor posición probatoria (que por supuesto le consta de antemano) y simula distraído a tal circunstancia o se aferra al esquema negatorio, deberá aceptar que dicha estrategia conducirá -muy probablemente- a que la dinámica de la carga probatoria le juegue una mala pasada. (...) En ninguno de los supuestos se aprecia indefensión hacia quien “podía” probar, mantuvo silencio y no lo hizo.”*²⁰

Esta perspectiva muestra otra concepción con respecto a la carga dinámica de la prueba, mostrándola como pertinente en el proceso judicial. Una posible tercera posición, podría significar que la carga dinámica de la prueba no debe emplearse de manera indiscriminada, si no de manera excepcional, esto es, como excepción a la regla general de la distribución de la carga de la prueba, preceptuada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y sólo en casos donde la aplicación rígida de esta norma lleve a resultados inocuos.

18 Proyecto de Ley de Código General del Proceso. Ministerio del Interior y de Justicia.

19 PEYRANO, Jorge Walter, *et al. Op. Cit.* Págs. 106-107.

20 *Ibíd.* Págs. 106-107.

2. La carga dinámica de la prueba. Origen y evolución en Colombia

En nuestro ordenamiento jurídico la carga probatoria dinámica tuvo plena aplicación jurisprudencial en los casos en los que se debatía la responsabilidad médica en lo contencioso administrativo²¹.

Hasta el inicio de la década de los noventa, en casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica²², era imperativo que quien demandaba aportara las pruebas que acreditaran la falla del servicio en el acto médico²³, con el fin de que sus pretensiones salieran adelante; esto comportaba el régimen de la falla del servicio probada²⁴. Esta situación implicaba que en muchas ocasiones, las demandas fueran infructuosas puesto que para el actor era de imposible consecución dichas pruebas en tanto que escapaban de su esfera de conocimiento. En sentencia del 24 de Octubre de 1990²⁵ el Consejo de Estado²⁶ indicó que la prueba de la diligencia y cuidado incumbía al demandado en los casos de responsabilidad médica. Se generó, entonces, una presunción de falla del servicio médico, presidiendo así en estos tiempos el régimen de la falla del servicio presunta.

Se hace aquí una precisión conceptual. En ambos regímenes, esto es, el de falla probada y el de falla presunta, se deben establecer tres elementos, a saber: hecho dañoso, daño antijurídico y nexa causal. La diferencia radica en la titularidad de la carga de la prueba, en tanto en el régimen de falla probada del servicio, la carga probatoria opera conforme los principios generales de la carga de la prueba regulada en el Código de Procedimiento Civil, es decir, el demandante tiene la carga de probar todos los hechos aducidos en sus pretensiones, para así configurar la responsabilidad de la entidad pública demandada. Mientras que en el régimen de falla presunta del servicio, se invierte la carga probatoria, dado que el demandante sólo debe probar el hecho dañoso y la relación de éste con el acto u omisión de la

21 También en los casos de lesiones con arma de fuego de dotación oficial y en actividades de alto riesgo o peligrosas.

22 La responsabilidad del Estado por los perjuicios que ocasione, está fundamentada en el artículo 90 Constitucional, el cual dice que “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. (...)”.

23 La falla del servicio médico hospitalario ha tenido diversos tratamientos, relacionados con el contenido formal o material de la carga de la prueba.

24 En este régimen se exigía que el demandante aportara las pruebas necesarias a fin de que sus pretensiones prosperaran, por ser el servicio médico asistencial una obligación de medio, y con la sola existencia del daño no era dada la presunción de la falla del servicio.

25 Esta puede denominarse una sentencia “hito”, de acuerdo con Diego E. López M., pues marcó los inicios jurisprudenciales sobre el tema.

26 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Gustavo de Greiff Restrepo. Bogotá, D.C., 24 de octubre de 1990. Expediente N° 5902.

administración, creándose una presunción de falla en el servicio, lo que implica que el daño antijurídico se dé como presunto, y que la carga probatoria pase al Estado para desvirtuar dicha presunción con el fin de lograr su exoneración.

A partir de la sentencia del 30 de Julio de 1992²⁷, el Consejo de Estado se refiere a la carga de la prueba en el sentido de conducta de parte, debatiendo un asunto de responsabilidad médica, reafirmando el régimen de la falla presunta. A lo largo de esta sentencia lo que planteó el Magistrado Ponente Daniel Suárez Hernández, parafraseado aquí, es lo siguiente: quien en mejores condiciones está para probar que no se actuó de forma negligente o descuidada es la entidad hospitalaria, por tanto es ésta quien tiene que ir al proceso a demostrar la diligencia y cuidado, puesto que las circunstancias conforme ocurren los hechos en el acto médico, con el paciente sedado o dormido, en un quirófano, hacen imposible que este pueda probarlos.

La carga probatoria dinámica comienza a reconocerse con la sentencia del 10 de Febrero de 2000, M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez²⁸; sin embargo, inicialmente se concibió como una forma estática de invertir la carga de la prueba y generar una presunción de falla en el servicio médico estatal. Por su parte, en sentencia del 24 de Agosto de 1992²⁹ la Sala menciona un dinamismo en la carga de la prueba determinándose aquí que la falla presunta no traslada en su totalidad la carga probatoria, sino que la distribuye según los criterios del juez.

Luego, en sentencia del 08 de Mayo de 1997³⁰, el Consejo de Estado unifica conceptos en cuanto a la forma de imputación de la falla presunta médica, planteando que la presunción de falla del servicio médico no se extiende ni a la relación causal ni al daño, y que el juzgador debe ponderar prudentemente todas las circunstancias del caso para establecer hasta qué punto la falla causó o contribuyó necesariamente a ocasionar el daño. La Corporación indica que cada parte probará lo que le corresponda.

Ulteriormente, el Consejo de Estado³¹ en el año 2000 advirtió que la teoría de la carga dinámica de la prueba (sustentada en el principio constitucional de equidad)

27 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Daniel Suárez Hernández. Bogotá, D.C., 30 de julio de 1992. Expediente N° 6897.

28 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878.

29 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 24 de agosto de 1992. Expediente N° 6754.

30 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Carlos Betancur Jaramillo. Bogotá, D.C., 08 de mayo de 1997. Expediente N° 11220.

31 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Alier Eduardo Hernández Enríquez. Bogotá, D.C., 10 de febrero de 2000. Expediente N° 11878.

no debía tratarse como regla general y que había que analizar el caso concreto para determinar su operatividad o no. La Sala arguye que los principios por los que se optó inicialmente por dicha teoría no son inmutables, esto es, se indica que la falla presunta no puede ser estática sino que debe analizarse el caso concreto para establecer quién está en mejores condiciones para probar los hechos respectivos.³²

Seguidamente, la sentencia del 22 de Marzo de 2001³³ presenta una novedad según la cual es posible, en el marco de la teoría del dinamismo probatorio, la no exigencia de una certeza científica del nexo o relación causal, sino un grado suficiente de probabilidad de su existencia.

Sin embargo, más tarde, la sentencia del 31 de Agosto de 2006³⁴ resquebrajó la carga dinámica de la prueba como modalidad de carga procesal para decidir los casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, considerándose que en adelante las decisiones se tomarían con fundamento en la regla de prueba de falla probada, tomando especial relevancia la prueba indiciaria. Se excluyó, entonces, la carga dinámica de la prueba toda vez que se advirtió que el acogimiento de esa regla probatoria traía mayores dificultades que soluciones, a su vez que, con la aplicación de la falla presunta en determinados casos, se marginaban del debate probatorio asuntos muy relevantes. Se volvió, por ende, a la exigencia de la prueba de la falla del servicio por parte del actor como regla general. Igualmente, en esta sentencia se plantea que cuando resultare imposible esperar certeza o exactitud del vínculo causal, “el juez puede contentarse con la probabilidad de su existencia”. Se han recogido, pues, las reglas jurisprudenciales de presunción de falla médica o de la distribución de las cargas probatorias, para acoger nuevamente la regla general de falla probada, donde la prueba indiciaria cobra particular importancia, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño. Se aduce que con este criterio, además de ajustarse a la normatividad vigente, el proceso resulta más equitativo.

Para el presente artículo esta última sentencia es esencial, pues fue donde declinó la carga dinámica de la prueba, y la que produjo un cambio jurisprudencial para decidir los casos aludidos. Hasta el momento actual la jurisprudencia sigue obedeciendo este precedente, no sin ser objetada la argumentación que llevó al

32 Inclusive, en jurisprudencia del Consejo de Estado posterior al año 2000, acerca de la carga dinámica de la prueba, se ha planteado que cuando el paciente se encuentra en estado de recuperación tiene mayor facilidad para aportar las pruebas respectivas.

33 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C., 22 de marzo de 2001. Expediente N° 13166.

34 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

mencionado cambio, por el magistrado del Consejo de Estado Enrique Gil Botero, como veremos más adelante.

Así, pudimos constatar que la carga dinámica de la prueba tuvo un intenso desempeño en la jurisprudencia del Consejo de Estado. Inicialmente, dicha carga dinámica probatoria se insertó con el propósito de morigerar la tradicional carga de la prueba, con principios de equidad y facilidad probatoria para las partes, que redundaban también en beneficio del proceso viéndose éste como un medio para establecer la verdad jurídica. No obstante, esta regla de prueba desde el año 2006, fue aislada del sistema jurídico rector en lo referente a la responsabilidad administrativa por el servicio médico asistencial, debido a diversos motivos profundizados en el capítulo subsiguiente.

3. Decaimiento de la carga dinámica de la prueba como modalidad de carga procesal aplicable

3.1 Exclusión de la carga probatoria dinámica

Se puede afirmar que la carga dinámica de la prueba permanece vigente en el ordenamiento jurídico colombiano, en el ámbito civil, laboral, contencioso-administrativo, y hasta se ha hecho mención de la misma en materia penal. Sobra decir que este artículo se interesa por la operatividad de la teoría de la carga dinámica de la prueba en el campo contencioso-administrativo, y se plantea que en éste continúa vigente en relación a lo expresado por el Consejero Enrique Gil Botero quien, en varias providencias del Consejo de Estado sobre el tema, ha manifestado salvamentos y aclaraciones de voto. Esto último, será ampliado al final de este capítulo después de haber detallado la inoperancia de aquella teoría; inoperancia predicada por los demás integrantes de esta alta corporación.

De otro modo, también se podría aseverar cierto dinamismo en la carga de la prueba si se parte de la esencia de su definición, dada en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil: “*Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”. De esto se puede interpretar que ambas partes deben poner a disposición del juez las pruebas que respalden sus intereses con el objetivo de no correr con las consecuencias negativas que de su ausencia se derivarían, es decir, se pone de presente un activismo probatorio que impulsa el proceso para el establecimiento de la verdad jurídica.

Ahora bien, uno de los puntos neurálgicos en la historia de la teoría de la carga dinámica de la prueba, en materia de responsabilidad administrativa por el acto

médico, es precisamente su recogimiento “formal” de la jurisprudencia del Consejo de Estado (formal, en concordancia con las apreciaciones del Consejero Enrique Gil Botero), lo que originó el retorno a un régimen de responsabilidad anterior para el abordaje de la labor probatoria, pretendiéndose con ello mayor eficiencia y eficacia en la resolución de los conflictos suscitados en esta materia.

Al respecto, en sentencia del 31 de Agosto de 2006 el Consejo de Estado hace la siguiente afirmación:

(...) de manera reciente la Sala ha recogido las reglas jurisprudenciales anteriores, es decir, las de presunción de falla médica, o de la distribución de las cargas probatorias de acuerdo con el juicio sobre la mejor posibilidad de su aporte, para acoger la regla general que señala que en materia de responsabilidad médica deben estar acreditados en el proceso todos los elementos que la configuran, para lo cual se puede echar mano de todos los medios probatorios legalmente aceptados, cobrando particular importancia la prueba indiciaria que pueda construirse con fundamento en las demás pruebas que obren en el proceso, en especial para la demostración del nexo causal entre la actividad médica y el daño.³⁵

Nótese que en esta sentencia se excluye la institución jurisprudencial de la carga dinámica de la prueba, para ocupar su lugar la falla probada y la prueba indiciaria, donde ésta última toma una elevada importancia. Inclusive, en distintas ocasiones, los indicios resultantes de la conducta procesal de las partes determinan las decisiones judiciales. Sobre este tenor se encuentra que:

Sin embargo, no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.

Así, por ejemplo, de la renuencia a suministrar la historia clínica, o hacerlo de manera incompleta, o no documentar datos relevantes de la prestación médica, puede inferirse el interés de la parte de ocultar un hecho que le resulta adverso a sus intereses; como puede serlo también en contra de la parte demandante, el negarse a la práctica de un examen médico con el fin de establecer la veracidad de las secuelas que hubiera podido derivarse de una intervención, o el ocultar información sobre sus antecedentes congénitos, que por ejemplo, pudieran tener incidencia sobre la causa del daño aparentemente derivado de la intervención médica.³⁶

35 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

36 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

En particular, según DEVIS, el indicio está conformado por un hecho indicador (conocido) y la operación lógica crítica por la cual el juez deduce, con respecto a ese hecho indicador, el hecho indicado (desconocido), razonamiento basado en las máximas de experiencia de carácter común o científico³⁷. La prueba indiciaria no tenía mayores incidencias en la etapa de aplicación de la carga probatoria dinámica. Empero, como se acaba de mencionar, esto cambió en el 2006, pues a partir de este año el demandante tiene la carga de probar todos los supuestos fácticos planteados en la demanda, con la preeminencia del medio indiciario, pudiendo el juez derivar indicios en contra de las partes, inclusive, de su conducta procesal, haciéndose innecesario acudir al dinamismo de la carga de la prueba.

Podemos ver entonces, cómo las dificultades probatorias en esta materia se pueden resolver, según el Consejo de Estado, a través de una adecuada valoración de todas las pruebas obrantes en el proceso, dándose especial importancia al indicio, con la prescindencia de la teoría de la carga probatoria dinámica.

3.2 Razones y argumentos del Consejo de Estado para suprimir la carga dinámica de la prueba³⁸

1. Se retira la carga dinámica de la prueba y se acoge de nuevo el régimen de la falla probada, por cuanto el Consejo de Estado considera que éste último resulta más equitativo.
2. Se aduce que el régimen de la falla probada se ajusta a la normatividad vigente, mientras que la carga dinámica de la prueba ha sido una creación de índole jurisprudencial que debe replantearse.
3. Cuando hay lugar a presumir la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos muy relevantes, tales como la distinción entre los hechos que pueden calificarse como omisiones, retardos o deficiencias, y los que constituyen efectos de la misma enfermedad que sufre el paciente.
4. Cuando la falla se presume, se traslada al Estado la carga de desvirtuar una presunción, en una materia tan compleja, donde el álea constituye un factor inevitable y donde el paso del tiempo y las condiciones impersonales en las que se presta el servicio en las instituciones públicas, hacen muy difícil la demostración de todos los actos en los que dicho servicio se materializa.

37 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. *Op. Cit.* Pág. 587.

38 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

5. Se determinó que la aplicación de la carga dinámica de la prueba traía mayores dificultades de las que podría ayudar a solucionar, pues la definición de cuál era la parte que estaba en mejores condiciones de probar determinados hechos relacionados con la actuación médica, sólo podía definirse en el auto que decretara las pruebas y nunca en la sentencia. Pero, señalar en el auto de decreto de pruebas la distribución de las cargas probatorias es en la práctica sumamente difícil, dado que para este momento el juez sólo cuenta con la información que se suministra en la demanda y su contestación, las que regularmente son muy incipientes.
6. La posición presentada en el anterior numeral, ha sido controvertida por los defensores de la teoría de la carga dinámica de la prueba, con fundamento en la existencia del deber de lealtad que asiste a las partes en el proceso, el cual les obliga a suministrar todos los medios de que disponen para acreditar la veracidad de los hechos y, en consecuencia, que bien puede el juez en la sentencia hacer correr a la parte negligente con los efectos adversos de su omisión probatoria. No obstante, el mismo Consejo de Estado señaló que no es necesario modificar las reglas probatorias señaladas en la ley, para hacer efectivas las consecuencias que se derivan de la violación del deber de lealtad de las partes, dado que el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, establece que el juez podrá deducir indicios de su conducta procesal.
7. Asimismo, se asevera que no debe perderse de vista que el sólo transcurso del tiempo entre el momento en que se presta el servicio y aquél en el que la entidad debe ejercer su defensa, aunado además a la imposibilidad de establecer una relación más estrecha entre los médicos y sus pacientes, hace a veces más difícil para la entidad que para el paciente acreditar las circunstancias en las cuales se prestó el servicio. Por eso, el énfasis debe centrarse en la exigencia institucional de llevar las historias clínicas de manera tan completa y clara que su sólo estudio permita al juez, con la ayuda de peritos idóneos si es necesario, establecer si hubo o no responsabilidad estatal en los daños que aduzcan sufrir los pacientes, como consecuencia de la prestación del servicio médico.
8. La desigualdad que se presume del paciente o sus familiares para aportar la prueba de la falla por la falta de conocimientos técnicos, o por las dificultades de acceso a la prueba, o por su carencia de recursos para la práctica de un dictamen técnico, en materia de responsabilidad estatal encuentran su solución con una mejor valoración del juez de los medios probatorios que obran en el proceso (en particular de la prueba indiciaria), con la historia clínica y los indicios que pueden construirse de la renuencia de la entidad a aportarla o de sus deficiencias, y con los dictámenes que rindan las entidades oficiales que no representan costos para las partes.

9. Si se analizan los casos concretos se advierte que aunque se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, las decisiones por lo general, sino en todos los casos, han estado fundadas en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes.

Se observaron, pues, las razones y argumentos que dieron lugar a la supresión de la carga dinámica de la prueba. De acuerdo a los anteriores puntos, se procede a efectuar las siguientes anotaciones:

- En primer lugar, vemos cómo la mencionada “equidad” es avocada para justificar el cambio jurisprudencial, al igual que cuando se implementó, precisamente, la carga dinámica de la prueba, toda vez que en su momento se manifestó que en específico para los casos en los que se debatía la responsabilidad médica, era una gran limitante para el actor demostrar lo ocurrido en el acto médico puesto que, en la generalidad, el paciente o su familia carecían de conocimientos científicos y técnicos para desarrollar una actuación acorde con sus pretensiones, y que por ello era equitativo que el juzgador definiera quién debía probar con dependencia de su condición probatoria privilegiada; tesis que se agotó para volver a la sujeción de la norma legal, en la cual se exige que el demandante debe demostrar los hechos que aduce para la prosperidad de su demanda.
- De otra parte, se observa que la aplicación de la falla probada del servicio también margina del debate probatorio elementos fundamentales para la actividad probatoria, verbigracia, en el supuesto en que de la conducta procesal de las partes no se infieran indicios en contra de las mismas. Se debería, entonces, de acudir a la totalidad del acervo probatorio en el cual, eventualmente, podría presentarse ausencia de pruebas por parte del paciente (o su familia), quien estuvo sedado en el quirófano, posiblemente sin conocimientos médicos, y ante este panorama su actuación probatoria precaria desencadenaría en resultados adversos para sus pretensiones. También aplicaría el ejemplo, cuando se alude a la lealtad que asiste a las partes en el proceso, pues en caso de que no haya inferencia de indicios en contra de alguna de las partes, del mismo modo no se debería abortar la exigencia de que ambas partes procesales aporten las pruebas que permitan el esclarecimiento de los hechos.
- En el numeral tercero de este capítulo, se plantea que cuando se presenta la presunción de la falla del servicio se marginan del debate probatorio asuntos como omisiones, retardos o deficiencias; y en el nueve se traza que a pesar de que se parta del criterio teórico de la presunción de la falla del servicio, en la generalidad, sino en todos los casos, las decisiones han estado fundadas en la prueba de la existencia de los errores, omisiones o negligencias que causaron los daños a los pacientes. A raíz de esto, surge el siguiente interrogante: ¿Enton-

ces cuál es verdaderamente el problema del régimen de la falla presunta (o la carga dinámica de la prueba), si se dice que éste no es óbice para una decisión apegada a hechos probados?

- Por último, en cuanto al cuatro, se puede apuntar que si se asiente en que los casos de responsabilidad médica son difíciles por sí, pues la medicina es una ciencia con alto nivel de complejidad, y a esto se le suma que se admita que la atención o servicio en las instituciones públicas de salud es masiva, y por tanto impersonal, entonces, en consecuencia, también hay que reconocer que la carga de probar endilgada al paciente es bastante pesada y de complicado manejo.

3.3 Críticas a los motivos excluyentes de la carga dinámica de la prueba

Como vimos, la carga probatoria dinámica fue abandonada como modalidad de carga procesal para los casos de responsabilidad médica estatal, reanudándose la falla probada, y donde toma gran valor la prueba indiciaria. Empero, la argumentación desarrollada para fundamentar el recogimiento de la teoría de las cargas probatorias dinámicas no fue de recibo para todos los consejeros del Consejo de Estado, pues en el caso del Consejero Enrique Gil Botero se presenta un desacuerdo al respecto en varios pronunciamientos, en los cuales se manifiesta mediante distintas aclaraciones y un salvamento de voto, relacionados en seguida.

En las providencias del 18 de Julio de 2007 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio)³⁹ y del 30 de Julio de 2008 (M.P. Myriam Guerrero de Escobar)⁴⁰, Enrique Gil Botero desarrolla aclaraciones de voto donde sienta una verdadera divergencia con los argumentos planteados en estos pronunciamientos, en los cuales se ratifica lo dicho en la sentencia del 31 de Agosto de 2006⁴¹. Este magistrado no admite que la máxima del derecho romano "*actori incumbit onus probandi*"⁴² se convierta en una cortapisa inamovible, inmodificable y petrificada que no permita reconocer y ponderar en cada caso concreto, quién, de conformidad con la respectiva posición económica, fáctica, social y jurídica, se encuentra más capacitado para demostrar los hechos que se debaten entre demandante y demandado en un determinado

39 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

40 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

41 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

42 Principio según el cual quien alega los hechos le corresponde probarlos.

proceso⁴³. En consecuencia, aduce que no es posible abordar el análisis de la carga de la prueba a través de postulados inflexibles, como quiera que el derecho en sí mismo reconoce mecanismos de alivio probatorio, tales como los indicios, las presunciones, la inversión de la carga, los hechos notorios, entre otros.⁴⁴

A la par, en las aclaraciones de voto antes señaladas, Enrique Gil Botero considera que el juez debe conjugar los principios tradicionales del derecho probatorio, con los avances de las ciencias naturales y sociales, así como los progresos tecnológicos que rodean el entorno social, de tal forma que el funcionario judicial pueda establecer la parte que se encuentra en una mejor posición cognoscitiva para demostrar los hechos que se ponen de presente en la demanda y en la contestación. De otra parte, señala que contrario a lo afirmado en las providencias sobre las cuales recaen dichas aclaraciones de voto, la Sala no ha recogido la tesis de distribución de las cargas probatorias, como quiera que existe un número plural de providencias, todas ellas proferidas en el año 2006, en las cuales, contrario a lo afirmado, se reconoce la posibilidad de que en ciertos eventos opere el dinamismo de la carga probatoria para verificar qué extremo de la litis ostenta una mejor condición para acreditar determinado conocimiento, evento o circunstancia⁴⁵, pues salta a la vista la excepción consistente en que el demandado debe demostrar la falla del servicio médico asistencial si posee la facilidad para hacerlo, y cuando “resulte extraordinariamente difícil o prácticamente imposible” que el demandante lo haga. Cuestión que Enrique Gil Botero considera una evidente paradoja.⁴⁶

Del mismo modo, Enrique Gil Botero considera que la sentencia del 31 de Agosto de 2006 (M.P.: Ruth Stella Correa Palacio)⁴⁷ reduce el ámbito de la responsabilidad médica a la falla probada, y limita la apreciación probatoria del juzgador. Pero, en efecto, si se analizan con detenimiento las consideraciones planteadas en dicha providencia, las mismas señalan que la regla general es que corresponda a la parte demandante la acreditación de todos los elementos de la responsabilidad,

43 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

44 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

45 *Ibid.*

46 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

47 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P. Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 31 de agosto de 2006. Expediente N° 15772.

incluida la falla del servicio, salvo que, de conformidad con el artículo 230 de la Carta Política (criterios de equidad), se requiera alivianar, de manera excepcional, dicha carga probatoria.⁴⁸

También, refiere que el estatismo o rigidez de la carga probatoria, en ciertas ocasiones, puede conducir a situaciones injustas, máxime si se tiene en cuenta la situación socioeconómica del país, donde el acceso a determinados instrumentos de convicción (mecanismos probatorios, como por ejemplo los científicos) resulta bastante complejo. Por lo tanto, no se trata de establecer fórmulas predeterminadas en asuntos de responsabilidad médica, sino de que el juez en aplicación de criterios o principios de ponderación y proporcionalidad determine en cada caso concreto cuál debe ser la distribución probatoria, en términos dinámicos, que debe regular el trámite procesal específico, como quiera que es posible que una de las partes, en condiciones cognitivas, se encuentre en un evento que lo sitúe en una mejor posición a efectos de poder acreditar determinado hecho o conducta relevante. En estas condiciones, postulados como el de igualdad material ante la ley, solidaridad y equidad, podrían servir de fundamento a la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas.⁴⁹

Por lo anteriormente expuesto el Magistrado Enrique Gil Botero, en sus aclaraciones de voto⁵⁰, indica que no se ha adoptado un criterio claro en relación con la materia objeto de análisis, motivo por el cual no es pacífica la jurisprudencia sobre la posibilidad de que el juez dé una efectiva aplicación a la teoría de las cargas probatorias dinámicas⁵¹; señala, además, que se debe fijar clara y expresamente la posición sobre la carga de la prueba en esta materia, dado que el Consejo de Estado debe trazar líneas jurisprudenciales definidas con el fin de evitar inconsistencias en el análisis del derecho por parte del ente jurisdiccional.⁵²

48 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

49 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

50 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Myriam Guerrero de Escobar. Bogotá, D.C., 30 de julio de 2008. Expediente N° 15726.

51 *Ibid.*

52 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de julio de 2007. Expediente N° 28106.

En último lugar, en sentencia del 18 de Febrero de 2010 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio)⁵³, en la cual Enrique Gil Botero sostuvo salvamento de voto; en sentencia del 09 de Junio de 2010, expediente N° 19074 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio)⁵⁴ y en sentencia del 09 de Junio de 2010, expediente N° 19276 (M.P. Ruth Stella Correa Palacio)⁵⁵, en las cuales aclaró su voto, este magistrado reitera su posición:

“...en aras de que la Sala haga un alto en el camino para, en lugar de construir una jurisprudencia de caso, que se presta a contradicciones, adopte un sistema probatorio de principio en materia médico - hospitalaria que sin desconocer o subvertir los fundamentos estructurales de la responsabilidad, reconozca el difícil escenario en que se sitúa al paciente y sus familiares a la hora de acreditar la falla del servicio en este tipo de supuestos, como lo hubo en el pasado.”⁵⁶

Puede verse claramente, a partir de estas afirmaciones, cuál es la posición del Consejero Enrique Gil Botero frente al supuesto desuso de la teoría de la carga dinámica de la prueba, y la inconveniencia, a su parecer, de acoger nuevamente la rigidez de la carga de la prueba tradicional, de tal manera que el demandante pueda verse en difíciles situaciones para allegar al proceso pruebas que por su naturaleza sean inaccesibles para él. Y de otro lado, esboza una fuerte crítica en cuanto a la falta de univocidad de criterios, lo que genera una incertidumbre para la interpretación del derecho en esta materia.

Conclusiones

- El concepto de “carga dinámica de la prueba” permite que el juez decida bajo la premisa de que prueba quien esté en mejores condiciones de hacerlo; rompe la regla clásica del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil. Esta teoría

53 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente N° 17866.

54 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19074.

55 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19276.

56 Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 18 de febrero de 2010. Expediente N° 17866; Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19074; y, Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. M.P.: Ruth Stella Correa Palacio. Bogotá, D.C., 09 de junio de 2010. Expediente N° 19276.

permeó nuestro ordenamiento jurídico a pesar de la infinidad de críticas, lo que no la hace despreciable, aún cuando se afirme que su vigencia ha caducado.

- Se podría importar aquí una crítica muy notoria, según la cual las altas cortes colombianas, en algunas circunstancias, “legislan”, pues ni el régimen de la falla presunta ni la carga dinámica de la prueba han estado consagrados legalmente.
- Se considera que es un gran retroceso el haber excluido la carga dinámica de la prueba del marco de regla de prueba, puesto que para los casos específicos de responsabilidad administrativa por la actividad médica estaba determinada su aplicabilidad, lo cual no tomaba de sorpresa a la parte demandada; y sí constituye una grave desventaja para el paciente o su familia, carentes de conocimientos técnicos y científicos para defenderse y probar a cabalidad en el proceso. Con la vigencia de la carga dinámica de la prueba la equidad y facilidad probatoria eran efectivas.
- Se ha debatido en cuantiosa doctrina que la prueba indiciaria no es autónoma, que los indicios deben estar respaldados de otros medios probatorios para ser eficaces; empero, el cambio jurisprudencial los acoge como prueba reina para resolver casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica, aunado esto a la probabilidad preponderante. Se aclara que la jurisprudencia del Consejo de Estado señala que la prueba indiciaria es una prueba que se construye con fundamento en las demás pruebas que obran en el proceso; sin embargo, en muchas ocasiones las decisiones son adoptadas sólo con base en un conjunto de indicios.
- Por criterios de equidad y de facilidad probatoria en los casos de responsabilidad médica, de una parte, la entidad pública en cabeza del equipo médico debería probar que en la intervención quirúrgica hubo diligencia y cuidado, pues es él quien posee el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para explicar lo que sucedió en el acto médico; esto en caso de establecerse que la entidad pública era quien estaba en mejores condiciones de probar. Y de otra parte, si se definiera que quien estaba en mejores condiciones para probar era la parte demandante, entonces será ésta quien correrá con los efectos negativos de la sentencia, en el supuesto de no haber aportado las pruebas pertinentes. Concluyéndose así, que el modelo que mejor apuntala la resolución de esta especie de conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos, es el de las cargas probatorias dinámicas.
- La equidad no puede tomarse como un concepto retórico, debe analizarse, en los casos de responsabilidad médico asistencial los cuales se consideran especiales por sus condiciones técnicas y científicas, quién realmente se encuentra en cir-

cunstancias favorables para acudir al proceso a probar, lo que se acondiciona a los postulados de la carga dinámica de la prueba, sólo así, desde una postura personal, se logra un tratamiento equitativo dirigido a las partes procesales, enfrentadas en un conflicto jurídico de esta categoría.

- No puede aceptarse como certeza incuestionable que la teoría de las cargas probatorias dinámicas no tenga cabida en el ordenamiento jurídico colombiano, so pena de caer en el dogmatismo.
- En presencia de la posibilidad de construir indicios a partir de la conducta procesal de las partes a cargo del juez, es menester el análisis en cada caso en concreto acerca de la conducta pasiva la entidad de salud, en tanto rige actualmente el régimen de falla probada del servicio, puesto que su actitud en el proceso se limita a esperar que se pruebe la falla, lo que va en contra del principio de lealtad procesal, mayormente cuando es la demandada la que, por regla general, tiene el conocimiento fáctico, técnico, profesional y científico para develar los hechos y procedimientos llevados a cabo en el acto médico.
- Se admite que los casos de responsabilidad médica son difíciles por su misma naturaleza, además de la atención o servicio en las instituciones públicas de salud de forma impersonal; por tanto, la carga de probar endilgada al paciente es bastante pesada y de complicado manejo.
- Los casos de responsabilidad administrativa por la actividad médica se deciden actualmente conforme al régimen de falla probada del servicio, el cual se ajusta a la normatividad legal vigente (artículo 177 del C.P.C.); esto último como una de las razones que dieron lugar a la supresión de la carga probatoria dinámica. Quedan entonces los siguientes interrogantes: ¿Qué pasaría si el proyecto de ley de Código General del Proceso fuera aprobado, teniendo en cuenta su artículo 167? ¿Se retornaría a la carga dinámica de la prueba, en tanto quedaría consagrada como norma legal?

Bibliografía

- BERMÚDEZ MUÑOZ, Martín. El futuro de la carga de la prueba en materia de responsabilidad, en: *Revista Temas Jurídicos*, N° 11, Colombia: Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, 1995, Págs. 16-38.
- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Compendio de la Prueba Judicial*. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2007. 352 p.

- DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Teoría General de la Prueba Judicial. Bogotá: Temis, 2002. 738 p.
- MICHELI, Gian Antonio. La Carga de la Prueba. Buenos Aires: Jurídicas Europa-América, 1961. 591p.
- PARRA QUIJANO, Jairo. Manual de Derecho Probatorio. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional Ltda., 2004. 739 p.
- PEYRANO, Jorge Walter, *et al.* Cargas Probatorias Dinámicas. Argentina: Rubinzal-Culzoni Editores, 2008. 638 p.
- ROSENBERG, Leo. La carga de la Prueba. Montevideo: B DE F, 2002. 460p.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier. Responsabilidad civil médica en los servicios de salud. Medellín: Biblioteca Jurídica Dike, 1993. 404 p.
- VALENTÍN, Gabriel. Análisis Crítico de la llamada Teoría de las Cargas Probatorias Dinámicas. [En línea]: http://egacal.e-ducativa.com/upload/AAV_GabrielValentin.pdf [Marzo 17 de 2011].

Jurisprudencia

- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Gustavo De Greiff Restrepo*, Referencia: Expediente N° 5902, Fecha: 24 de Octubre de 1990.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Daniel Suárez Hernández*, Referencia: Expediente N° 6897, Fecha: 30 de Julio de 1992.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Carlos Betancur Jaramillo*, Referencia: Expediente N° 6754, Fecha: 24 de Agosto de 1992.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Carlos Betancur Jaramillo*, Referencia: Expediente N° 11220, Fecha: 08 de Mayo de 1997.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Alíer Eduardo Hernández Enríquez*, Referencia: Expediente N° 11878, Fecha: 10 de Febrero de 2000.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ricardo Hoyos Duque*, Referencia: Expediente N° 13166, Fecha: 22 de Marzo de 2001.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 15772, Fecha: 31 de Agosto de 2006.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 28106, Fecha: 18 de Julio de 2007.

- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Myriam Guerrero de Escobar*, Referencia: Expediente N° 15726, Fecha: 30 de Julio de 2008.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 17866, Fecha: 18 de Febrero de 2010.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 19074, Fecha: 09 de Junio de 2010.
- Consejo de Estado Sala de lo Contencioso Administrativo Sección Tercera. Bogotá, D.C., M.P.: *Ruth Stella Correa Palacio*, Referencia: Expediente N° 19276, Fecha: 09 de Junio de 2010.

Otras fuentes:

Constitución Política de Colombia

Código Civil Colombiano

Código de Procedimiento Civil Colombiano

Proyecto de Ley de Código General del Proceso



Título: Rastros de restos serie 12

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***CORRUPCIÓN, LUCHA
ANTICORRUPCIÓN Y FORMAS
DE GOBIERNO: HACIA LA BÚSQUEDA
DEL CONCEPTO CORRUPCIÓN***

Fecha de recepción: septiembre 23 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 16 de 2011

CORRUPCIÓN, LUCHA ANTICORRUPCIÓN Y FORMAS DE GOBIERNO: HACIA LA BÚSQUEDA DEL CONCEPTO CORRUPCIÓN

*Ana Victoria Vásquez Cárdenas **

*Mario Montoya Brand ***

RESUMEN

Este artículo rastrea la complejidad del concepto “corrupción” en el marco del pensamiento clásico de la teoría política. Busca intervenir en el debate contemporáneo dirigido a esclarecer cuál es el contenido preciso y actual del término, pero tomando como referente los diversos usos que el concepto corrupción ha tenido en la historia de la teoría política, particularmente en lo que se refiere a las diferentes formas de gobierno. El rastreo histórico efectuado permite afirmar que el concepto corrupción y las formas de combate contra ella, son reducibles, en último término, a las perspectivas ideológicas que defienden o atacan cada tipo de organización política, por lo cual, es imposible encontrar científicamente un concepto universal y una legitimidad unívoca para su combate.

Palabras clave: corrupción, lucha contra la corrupción, teoría política, formas de gobierno.

CORRUPTION, ANTICORRUPTION FIGHT AND FORMS OF GOVERNMENT: SEARCH THE CONCEPT OF CORRUPTION

ABSTRACT

This article traces the complexity of the term “corruption” within the framework of classical political theory. It seeks to intervene in contemporary debate aimed to establishing the most accurate and current meaning of the term, but taking as a reference the various uses that the term corruption has had on the history of political theory, particularly in regard to the different forms and systems of government. The historical tracing made in the article suggest that the concept of corruption and the ways of fight against the corruption, are reducible, in last term, to the ideological perspectives that defend or attack each type of political organization, whereby it is scientifically impossible to find a universal concept and an unequivocal legitimacy for its control.

Key words: Corruption, fight against corruption, political theory, political systems, forms of government.

* Candidata a Doctora de la Universidad Autónoma de Barcelona, Magíster en Ciencias Políticas del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, abogada de la misma universidad. Anavas67@gmail.com

** Doctor en Derecho Público de la Universidad Autónoma de Barcelona, Magíster en Ciencias Políticas del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia, abogado de la misma universidad, profesor investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit. mbrand@eafit.edu.co.

CORRUPCIÓN, LUCHA ANTICORRUPCIÓN Y FORMAS DE GOBIERNO: HACIA LA BÚSQUEDA DEL CONCEPTO CORRUPCIÓN

Introducción

La investigación dentro de la que se inscribe este artículo tuvo como una de sus conclusiones que el concepto de corrupción ordinariamente usado por las instituciones nacionales e internacionales, públicas o privadas, que luchan contra la corrupción es sumamente variable en su contenido, y dúctil en su utilización, lo cual hace difícil establecer un significado unívoco¹.

Decir corrupción, sin más apelativos o aclaraciones, equivale a usar un designador o un símbolo eficaz al integrar significados de disvalor en diferentes campos. Por sí misma la corrupción significa poco, pero cualificada o remitida a cada uno de aquéllos campos puede significar muchas cosas, entre otras: ilicitud, pecado, inobservancia, irracionalidad, ineptitud, inmoralidad, maldad o incorrección. A la pregunta “¿qué se dice cuando se dice corrupción?” sólo es posible responder diciendo “depende”, y por ello su significado está muy determinado por las redes de conceptos y contextos dentro de los cuales se desenvuelve el respectivo uso del término.

La variabilidad del concepto no es reciente,² sino que se hunde en la historia y se encuentra asociada al más básico contenido del término corrupción –política-, el cual puede ser rastreado en la conceptualización clásica dirigida a formular las teorías occidentales de las formas de gobierno. El objetivo de este artículo es dar cuenta de ese rastreo.

Los conceptos de corrupción y lucha anticorrupción tan recurridos y manipulados en las dos últimas décadas del siglo XX y primera del siglo XXI, en su sentido político más amplio y tal vez en su significado político último, pueden ser referidos a la teoría

1 Al efecto también puede verse a Cepeda (Cepeda, 1994, 1-27)

2 La lucha contra la corrupción es una práctica reciente, pero lo que se quiere significar aquí es que el término corrupción suele ser tenido como muy antiguo. Sobre la antigüedad de ambos términos puede verse Cepeda (Cepeda, 1994, p. 1). Mario Montoya sostiene una perspectiva distinta, en el sentido de mostrar que el actual concepto de corrupción es relativamente reciente, independiente de la ductilidad de su contenido, y que la llamada lucha anticorrupción es más reciente aun, y se encuentra asociada a las recientes modificaciones introducidas por la instauración del modelo global neoliberal. (Montoya, 2000, pp. 103 - 117).

de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político. Aquello que desde el punto de vista político suele ser calificado como un acto de corrupción, junto con su forma específica de ser controlado o combatido, encuentran en la teoría de las formas de gobierno un arraigo que en buena parte constituye el ámbito de posibilidad o, por lo menos, el marco de entendimiento más amplio de tales conceptos y prácticas. Con esto se quiere afirmar que, en el fondo de toda conceptualización acerca de la corrupción política y de la lucha que se ejerce contra ella, subyace una determinada concepción de las formas de gobierno -y quizá más ampliamente de orden-, que es el resultado del rechazo deliberado o no deliberado, declarado o no declarado, de una forma de gobierno determinada o de la degeneración de una específica forma de gobierno.

Expresado de otro modo, se trata de afirmar que cuando se califica una determinada conducta como corrupta, y se decide luchar contra ella, lo que en el fondo se está diciendo –recuérdese, en un sentido muy amplio- es que la forma de gobierno o de Estado a la cual puede ser remitida en último término tal calificación, resulta a quien hace el juicio, injusta, inaceptable, insostenible, perversa, esencialmente reprobable.

Presentadas así las cosas, en su sentido más profundo, la corrupción política consistiría en las formas de gobierno (sus objetivos, prácticas, fines, procedimientos) no aceptadas; o también, las deformaciones de una forma de gobierno que es juzgada como buena en cuanto presenta en su interior formas y prácticas propias de aquella o aquellas que se rechazan. El rechazo a la corrupción, que adquiere actualmente la forma de lucha contra la corrupción, consistiría en el conjunto de reacciones cuyo objetivo sería el de suprimir (ilegalizar, criminalizar, deslegitimar, desatar contra ellas la violencia, perseguir) tales formas de gobierno o sus rasgos presentes en la forma de gobierno aceptada.

Las distinciones –y el rechazo- entre las formas de gobierno fueron importantes en la larga historia de occidente, pero se convirtieron en decisivas en el siglo XX, con la mundialización y la globalización de las relaciones (militares, culturales, de interdependencia, económicas) de tal manera que ciertas formas de gobierno, de Estado y de organización de las sociedades, fueron percibidas por unos y otros como adversativas o amenazantes, y se buscó su aniquilamiento. De la existencia de una cierta pluralidad –en su sentido más enriquecedor- de formas de gobierno, de Estado y de sociedades, que perduró hasta finales del siglo XX, se llegó a la concepción de formas peligrosas que ponían en riesgo todo el orden mundial y la subsistencia misma de la humanidad, de tal manera que la tarea central de su adversario respectivo era la de eliminarlas, como ocurrió con la síntesis histórica del enfrentamiento entre los llamados Bloque oriental y Bloque occidental en el marco de la Guerra Fría.

Una cierta relación de enemistad absoluta no propiamente referida a los individuos sino a los gobiernos o formas de organización política, actualmente logra presentar a la democracia (y con ella al liberalismo) como la forma paradigmática, ideal, correcta y justa de vivir en sociedad, y de ofrecer seguridad no solo para los gobernados sino también para el orden mundial. Las demás formas son percibidas y presentadas frecuentemente como contrarias a la democracia y por ello equivocadas, inseguras, caóticas, violentas, injustas, en suma, corruptas.

Tal perspectiva no se contrae a la idea normativa más corriente acerca de aquello que se suele denominar como corrupto,³ es decir, la privatización de lo público, sino que llega a incluir dentro del concepto de corrupción asuntos tales como la apatía por determinado tipo de religiones, de formas de partido, de tipos de ciudadanía, de formas de mercado, entre otros. Tal imprecisión no debe ser leída como una dificultad de la investigación referida, sino que denota la manera como el objeto corrupción, y la lucha que la corresponde, han sido construidos (Montoya, 2000).

Sobre la base de las anteriores consideraciones se procederá a examinar el tema de las formas de gobierno, tomando como textos centrales, aunque no exclusivos, *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*, (Bobbio, 1997) y *Historia de la teoría política* (Sabine, 1998), a fin de trazar los rasgos más importantes de este relato que conecta las formas de gobierno, los tipos de corrupción y sus modalidades de rechazo.

1. Corrupción y lucha contra la corrupción en la teoría de las formas de gobierno

Bobbio escribe su texto tomando como centro de análisis las construcciones filosóficas o los relatos históricos de algunos de los autores clásicos, en un orden cronológico secuencial: Heródoto, Platón, Aristóteles, Polibio, Bodino, Montesquieu,

3 En efecto, los resultados de la investigación de la que forma parte este artículo, permiten sostener que tal idea normativa de corrupción apenas existe, o que por lo menos es increíblemente reducida si se atiende al uso cotidiano, pero eficaz, de la corrupción, y de la lucha que se adelanta, o se dice adelantar contra ella. La noción de corrupción ha contado con algunos problemas de orden metodológico en su construcción. La lucha anticorrupción intenta resolver muchas preguntas al mismo tiempo, se indaga por lo corrupto, el corrupto, la corrupción, lo corrompido, lo corruptible, o dicho en otros términos, el por qué, el para qué, el dónde, el cuándo, el hasta dónde, el quién, el cómo de la corrupción; se indaga además acerca de si la corrupción es un medio o un fin, o incluso si es al mismo tiempo ambas cosas, intenta establecer cuál es el lugar del Estado, del mercado, de la sociedad, de la cultura; además lo hace desde muy diversas ciencias, allí intervienen la economía, la antropología, la sociología, la dogmática jurídica, la ciencia política, la psicología, entre otras muchas.

Hegel y Marx. Introduce tres intermedios en la secuencia, uno para analizar el medioevo, otro para aproximarse al despotismo, y uno último para estudiar la dictadura.⁴ Para alcanzar un mayor panorama, se a agrega a esta selección de la secuencia bobbiana una aproximación al pensamiento de los autores clásicos Weber, Forsthoff, Nozick, y al de un pronunciamiento efectuado por el ex Presidente de los Estados Unidos, George W. Bush. Dado que el concepto contemporáneo de corrupción es tan amplio, se percibirá fácilmente una asociación en su vertiente de corrupción política con las nociones en las que descansa el rechazo a los tipos de régimen político, de acuerdo con sus detractores clásicos.

1.1 Persia: Otanes, Megabyzo y Darío

La discusión original que establece los cimientos sobre los cuales se levanta el edificio del debate filosófico acerca de las formas de gobierno la reconstruye Heródoto, en boca de tres personajes persas: Otanes, Megabyzo y Darío, quienes después de una sublevación que les otorgara el poder político, discutían acerca de la mejor forma de gobierno que se debiera adoptar en Persia.

Cada uno de los participantes de la discusión defiende una de las tres grandes formas de gobierno y argumenta en contra de las otras dos, que son defendidas respectivamente por sus copartícipes. Las tres grandes formas de gobierno mencionadas son: el gobierno de uno (monarquía), el gobierno de algunos (aristocracia) y el gobierno de todos (democracia). A lo largo de la historia del pensamiento filosófico acerca de las formas de gobierno, estas tres posibilidades se han convertido en clásicas, tanto porque han sido transmitidas por los posteriores autores clásicos, como también porque el diálogo que les da origen usa las categorías más básicas de la reflexión política que llega hasta hoy.

Otanes propone una forma de gobierno democrática, “bella en sí misma” en cuanto isonomía, en la que los cargos públicos se ejercen por sorteo, los magistrados están obligados a rendir cuentas de sus actos al pueblo, y éste último, decide con su voto respecto de los diferentes asuntos públicos. Argumenta que todo es posible para el mayor número. Rechaza la monarquía, pues esta conduce a la injusticia, necesariamente en cuanto al monarca le está permitido hacer todo sin responder ante nadie, además, sostiene que el poder pervierte a ese monarca haciéndole salir, aun si es el mejor de los hombres, de la norma. El monarca se tornaría prepotente,

4 Por razones de extensión, se dejan por fuera otros autores clásicos en los cuales se basó este estudio, con los cuales podría igualmente rastrearse el concepto último de corrupción política: Séneca, Hugo Grocio, Marsilio de Padua, Guillermo de Occam, Nicolás Maquiavelo, Thomas Hobbes, John Locke o John Stuart Mill.

envidioso y con todo ello, en últimas, malo. Según Otanes, el monarca desconfía de los súbditos, les exige admiración, que él mismo confunde con adulación, y llega a trastornar las leyes patrias, violar las mujeres y matar por capricho. En la referencia de Bobbio, Otanes no se pronuncia acerca de la aristocracia.

Megabyzo defiende el gobierno aristocrático, que se encuentra basado en la elección de los mejores hombres, de los cuales no habría otra cosa que esperar sino las mejores decisiones. Advierte que entre esos mejores hombres podrían ser elegidos ellos mismos. Megabyzo está de acuerdo con Otanes respecto de la inconveniencia de adoptar una monarquía, pero se distancia de la defensa de la democracia, argumentando que no hay nada más obtuso y prepotente que una multitud de ineptos, es decir, un irresponsable populacho que además actuaría de manera precipitada, sin inteligencia, pues carece de formación, y sin comprender lo que realmente hace.

Finalmente, Darío defiende la monarquía, a condición de que quien resulte elegido sea el mejor de los hombres, quien administraría intachablemente al pueblo, y perseguiría más eficazmente a los malévolos, pues sus planes políticos serían menos conocidos que en aquellos casos en los cuales el gobierno es de varios o de todos. Darío introduce otros argumentos de sumo interés: considera que las tres formas de gobierno pueden ser buenas, pero que la monarquía es la mejor de todas, a partir de lo cual procede a dar razones favorables a ella derivadas de la debilidad que percibe en las dos formas de gobierno que rechaza. Entiende que en la oligarquía las enemistades son comunes, se suceden los odios, las facciones y los delitos, de lo cual nace en último lugar la monarquía, con lo que, a criterio suyo, se demuestra que esta última es el mejor gobierno. Y a su vez, si quien gobierna es el pueblo, la corrupción es inevitable en la esfera pública, pero aquí no se generan enemistades sino sólidas amistades entre los malvados que afectan el interés común. Sólo con la aparición del monarca, tales perversiones desaparecen. Para terminar, ofrece un argumento histórico, de acuerdo con el cual, a los persas sólo los monarcas los han liberado, pero el pueblo y los oligarcas no lo han hecho.

Tres aspectos conviene resaltar con Bobbio a propósito de esta discusión: él observa que "... cada uno de los interlocutores, mientras manifiesta un juicio positivo de una de las tres constituciones, patentiza un juicio negativo de las otras dos..." (Bobbio, 1997, p. 17); además, la clasificación del diálogo obedece al criterio de quién gobierna, esto es, uno, algunos o todos; y por último, uno de los valores centrales que se invoca para definir la mejor forma de gobierno es la estabilidad del mismo (de las constituciones, dice el texto). En síntesis: las formas de gobierno pueden ser diferenciadas con base en el criterio numérico, uno de los objetivos fundamentales de las mismas es la estabilidad de la organización política,

y todas ellas son susceptibles de ser calificadas como malas o corruptas con base en argumentos racionales, derivados de la preferencia política de cada partícipe.

1.2 Antigua Grecia: Platón y Aristóteles

El punto de partida de Platón es diferente, para él todos los Estados reales son corruptos aunque en grados diferentes, mientras que el “óptimo Estado es uno solo, y no puede ser más que uno porque una sola es la constitución perfecta” (Bobbio, 1997, p. 21; Sabine, 1998, pp. 54-90). Platón entonces presenta una clasificación compuesta sólo por formas malas (corruptas) de los Estados reales, pero en realidad su objetivo es el de presentar una descripción de la república ideal, basada en la virtud, que es una sola, y no en los vicios que son muchos. Tal república ideal no existe, no es de este mundo, pero su búsqueda, que está dirigida a mejorar las formas malas existentes, es un deber. A pesar de esta consideración, Platón mismo eleva a la categoría de formas ideales a la monarquía y la aristocracia.

Las formas de gobierno corruptas que Platón analiza son: la timocracia, la oligarquía, la democracia y la tiranía, las cuales se alejan en mayor o menor medida de la monarquía y la aristocracia. Tres de las cuatro formas corruptas son realmente degeneraciones de las tres formas clásicas de aquél diálogo persa: la oligarquía, es la forma corrupta de la aristocracia; la democracia, es la deformación de la *politeia*; y la tiranía, es la perversión de la monarquía. La timocracia en Platón es una forma de transición entre la constitución ideal y las tres formas malas tradicionales. La timocracia, que coincide con el gobierno espartano de los militares, tiene su propia corrupción en cuanto se honre más a los guerreros que a los sabios. Por último, es necesario señalar que en Platón estas formas de gobierno no se alternan sino que forman un *continuum* de degeneración constante, que va de la forma ideal a la peor de todas que sería la tiranía, en palabras de Platón, “la gangrena extrema del Estado” (Bobbio, 1997, p. 24).

Al caracterizarlas, Platón asocia cada una de ellas con las particularidades morales de cada tipo de gobernante (quién gobierna): en el timocrático, la ambición o deseo de honor; en el oligárquico, el ansia de riqueza; en el democrático, el deseo inmoderado de libertad; en el tiránico, la violencia. Observa Bobbio que tales degeneraciones son realmente formas exageradas (excesos) de valores correspondientes: del honor a la ambición inmoderada, de la riqueza a la avaricia y a la avaricia, de la libertad a la licencia y el libertinaje, del poder a la arbitrariedad y la violencia.

Platón asume una postura organicista acerca del Estado, es decir, entiende que el Estado es un tipo de organismo, cuyas partes cumplen funciones predeterminadas, y cuyo primer bien es la permanencia, que puede ser expresada como la preservación de la unidad, la cual puede desaparecer con la eclosión de la discordia en

el seno del Estado. Para Platón, la peor corrupción del Estado se encuentra en la discordia, y aquellas formas de gobierno son corruptas en cuanto conducen más o menos eficazmente a ella, lo cual da origen a la pérdida de unidad del Estado, y por último, a su desaparición.

Por su parte, con Aristóteles, el tema de las formas de gobierno se estudia partiendo de la inclinación hacia el interés general que se juzga como valioso (Sabine, 1998, pp. 91-115). Según esto, las formas de gobierno son las tres clásicas, el gobierno de uno, de algunos y de la mayoría, que si se ejercen en función del interés general, pueden ser calificados como rectos, mientras que si se atiende al interés particular de uno, algunos o todos, serían desviados.

Bobbio advierte que Aristóteles adiciona al criterio numérico de *quién* gobierna el criterio cualitativo de *cómo* gobierna. Así las cosas, las constituciones son buenas o malas, no por el número de personas que gobiernan, sino por la forma en que se gobierna, esto es, atendiendo o desatendiendo el interés general. A partir de esta consideración, Aristóteles, como también lo hizo Platón, establece una jerarquía destinada a determinar con base en un criterio descendente y degenerativo las formas de gobierno: monarquía, aristocracia, *politia*, democracia, oligarquía y tiranía. La monarquía es la mejor constitución de las buenas, y la tiranía es la peor de las malas, de tal suerte que no hay mucha diferencia entre la *politia* y la democracia.

Posteriormente, en el relato de Bobbio, Aristóteles se ocupa largamente de hacer un análisis histórico de las formas de gobierno que mezclan distintas modalidades de su clasificación. A juicio de Aristóteles, ciertas combinaciones de tipos constitucionales pueden producir en circunstancias concretas beneficios significativos, pues permiten lograr un objetivo de suma importancia como es el de la estabilidad. De esta manera, una idea de buen gobierno en Aristóteles está asociada a la búsqueda del bien común y al logro de la estabilidad del régimen constitucional. Las otras modalidades no son buenas formas de gobierno, y con ciertas variaciones, expresan formas distintas de corrupción. En concreto, la estabilidad se logra si, por ejemplo, se prefieren las combinaciones de formas de gobierno que favorezcan un gobierno basado en la clase media, y no en favorecer a los ricos ni a los pobres, pues en ambos casos se caería fácilmente en la corrupción que es propia de las formas malas. Se trata entonces de una concepción de sociedad buena (sin corrupción) en cuanto no presenta profundos desequilibrios en el reparto de su riqueza.

1.3 Antigua Roma: Polibio

Posteriormente, Polibio retoma el problema de cuál es el mejor gobierno, pero su punto de partida es doble, en primer lugar, se basa en la distinción entre el gobierno

fundamentado en la fuerza y el gobierno fundamentado en el consenso, en segundo lugar, distingue entre el gobierno ilegal y el gobierno legal.

Polibio encuentra que ni la democracia, ni los reinos, ni la aristocracia son buenos o malos en sí mismos; a su entender, todos tres son susceptibles de ser ejecutados de manera perversa y corrupta: esto ocurriría, por ejemplo, si la monarquía degenera en tiranía porque no se la ejerza con base en la aceptación libre sino con base en el miedo y la violencia; también ocurriría, si la aristocracia degenera en oligarquía porque quienes gobiernan no son hombres justos, prudentes y elegidos; y finalmente, la democracia puede degenerar en olocracia si la turba se adueña de hacer y decretar lo que le venga en gana.

Pero Polibio estima que el éxito o la perdición de un pueblo deriva de su forma de gobierno, y como aquellas no son esencialmente buenas o malas, su solución consiste en adoptar formas de gobierno mixto. Tal propuesta supone que se debe adoptar una forma de gobierno en la que se reúnan o combinen las cosas buenas de cada una de las formas clásicas de gobierno. Polibio cree conocer cuáles son las cosas buenas y las malas de cada modelo de gobierno porque efectúa un análisis histórico de las diferentes constituciones, y encuentra que la inestabilidad es un peligro que se presenta cíclicamente, y está asociado a la existencia de formas constitucionales simples, en el sentido de que son sólo monarquía, sólo aristocracia o sólo democracia. De esta manera, las formas de gobierno simples, puras o comunes son malas.

En la teoría política, Polibio da origen a las formas de gobierno mixto, que en la modernidad adoptarán la forma del equilibrio entre los poderes, que coexisten por un arreglo dentro de esa constitución que es estimada como buena. A esa constitución se llega mediante un convenio entre el rey, el pueblo y el senado. Ellos se controlan recíprocamente. De todo ello se deduce que una forma de gobierno corrupta es aquella en la que no tienen presencia o no hay equilibrio entre el uno, los pocos y el todo. Así pues, la concentración del poder en cualquiera de las modalidades es la corrupción misma.

1.4 La modernidad

1.4.1 Juan Bodino

A continuación, Bobbio se ocupa de exponer el pensamiento político de Juan Bodino acerca de las mejores y peores formas de gobierno. En aquello que aparece como más esencial al propósito de este trabajo, bastaría con decir que para Bodino el concepto central es el de soberanía al que define a partir de los atributos de supremacía y perpetuidad, mientras que de otro lado, el objetivo más importante

de una organización política soberana sería el de la estabilidad (Bodino, 1992). Bodino asume que las formas de gobierno puras son tres, las clásicas: monarquía, aristocracia y democracia, todas las cuales considera formas buenas, mientras que cualquier tipo de mixtura es muy problemática porque da lugar a que aparezca la inestabilidad (Sabine, 1998, pp. 313 – 323).

Dice Bobbio, interpretando a Bodino, que “El soberano, sea un monarca o una asamblea, o tiene todo el poder o no tiene ninguno. Cuando el poder está realmente dividido, el Estado pierde su unidad y con ella la estabilidad. El Estado es unitario o no lo es. Como se aprecia, la razón por la cual Bodino critica al Estado mixto, es decir, el Estado dividido, es precisamente lo contrario de la razón que los partidarios de esta forma de Estado esgrimían para justificar su superioridad. Si el Estado es verdaderamente mixto, si en verdad el poder soberano pertenece a diversos órganos, el Estado continuamente será presa de conflictos que lo desgastarán y mermarán su seguridad. La mezcla, más que ser garantía de mayor estabilidad, es la causa principal de inestabilidad” (Bobbio, 1997, pp. 84 y 85).

Y más adelante concluye: “No podríamos imaginar contraposición más profunda entre Bodino y los partidarios del gobierno mixto: el Estado que para unos es el Estado por excelencia, para Bodino es nada menos una “corrupción de Estado”; y el Estado que para los autores comentados es un Estado “perjudicial”, para usar el epíteto de Maquiavelo, es decir, el Estado de constitución simple, para Bodino es al contrario, el “verdadero” Estado” (Bobbio, 1997, p. 86).

1.4.2 Montesquieu

Por su parte, Montesquieu diferencia entre monarquía, despotismo y república, incluyendo dentro de esta última las formas de gobierno de algunos y de todos, esto es, la democracia y la aristocracia. Su forma de gobierno preferida es la monárquica, pero no se esfuerza largamente en distinguirla de la república sino que su interés es el de distanciarla del despotismo (Montesquieu, 2007).

Para Montesquieu es decisivo que en la monarquía, a diferencia del despotismo, existan poderes intermedios entre el soberano y los súbditos, lo que él llama “órdenes” que operarían como contrapoderes que conferirían al Estado respectivo más firmeza, estabilidad y seguridad. Tales cuerpos intermedios cumplirían ciertas funciones estatales, evitando la concentración del poder en cabeza del monarca.

Montesquieu opina que tal forma de poder ejercida por un monarca y sus órdenes es “moderada” si se la compara con las formas despóticas, pues establece una distribución del poder político que evita las arbitrariedades. Esta división del poder es

denominada por él como “horizontal”, mientras que su más famosa construcción, la del poder “vertical” es aquella conocida como la teoría de la separación de poderes, de acuerdo con la cual, el poder soberano debe ser dividido de acuerdo con las funciones principales que le son propias, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, a fin de evitar arbitrariedades, haciendo uso del principio de control recíproco de poderes, según el cual el poder frena al poder. Garantizada a través de la separación de órganos, tal postura es defendida por Montesquieu, en la siguiente cita tomada de Bobbio:

“Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la confianza, porque puede temerse que el monarca o el senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente. No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad, y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor. Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos o los pleitos entre los particulares” (Bobbio, 1997, p. 136).

Para Montesquieu la forma corrupta de gobierno es entonces el despotismo. Sin embargo, sus planteamientos permiten afirmar, siguiendo a Bobbio, que el despotismo alcanza también a la república en su doble dimensión de aristocracia y democracia. Para que ello ocurra deben presentarse las degeneraciones respectivas, es decir, la corrupción de los principios de los gobiernos:

“Si las democracias llegan a su perdición cuando el pueblo despoja de sus funciones al senado, a los magistrados y a los jueces, las monarquías se pierden cuando van cercenando poco a poco los privilegios de las ciudades o las prerrogativas de las corporaciones. En el primer caso, se va al *despotismo de todos*; en el segundo, al despotismo de uno solo” (Bobbio, 1997, pp. 27 y 28).

Puede terminarse este aparte acerca de las formas de gobierno en Montesquieu dejando en claro que para él el principio inspirador de los gobiernos despóticos es el del temor, y que las formas de gobierno históricas que mejor encajan dentro de tal denominación son las orientales, concretamente el gobierno chino. Pero Montesquieu no circunscribe la naturaleza despótica de un gobierno a aspectos políticos, sino que la extiende a criterios de evidente connotación eurocéntrica: se trata de gobiernos en los que se imparte una educación servil, que se desarrollan en climas calurosos, las tierras son fértiles, su territorio es muy extenso, sus habitantes son perezosos, regidos por la costumbre y no por las leyes, entre otros. Las culturas

orientales y sus formas de gobierno se encuentran clasificadas como corruptas por sus rasgos nada europeos.

1.4.3 Marx

Marx no formula una teoría de las formas de gobierno, sino que critica a todos sus predecesores que observaron o defendieron una postura optimista acerca del Estado. Bobbio considera que, en tal sentido, Marx puede oponerse a la totalidad de predecesores en cuanto todos ellos formularon una noción ética acerca del Estado (según si sus fines benévolos eran la justicia, la felicidad, la libertad, el bien de los gobernados, el *ethos* de un pueblo), mientras que él formuló una noción técnica, es decir, instrumental del Estado.

En términos generales las consideraciones de Marx permiten afirmar que el Estado no es la superación sino la perpetuación de la dominación, que expresa las más profundas contradicciones en el seno de una sociedad, que el Estado refleja la dominación entre clases sociales y que el poder político sólo es una forma de dominación de una clase sobre otra. Para Marx es supersticiosa la afirmación según la cual el Estado es la representación del interés colectivo. Para Marx entonces no hay Estados buenos, todos son malos, nefastos, en último término, formas de despotismo. De tal manera que el fin de la historia no es el Estado, sino un estadio posterior en el cual el Estado desaparezca y se llegue al comunismo, como eliminación de la contradicción de clases.

1.4.4 Max Weber

Max Weber (Weber, 1997, 178), se refiere a las formas de dominación legítimas, las cuales, aunque no están referidas en rigor al tema de las formas de gobierno, si presentan coincidencias importantes en el campo estrictamente de la administración burocrática, que pueden ser útiles para situar el tema de la corrupción y su rechazo. Como es sabido, Max Weber distingue tres tipos *puros* de dominación legítima: racional, tradicional y carismática. Una síntesis de los rasgos de cada uno puede ser la siguiente:

La *dominación legal* con administración burocrática, como la denomina Weber, puede ser presentada como un conjunto sistemático de numerosos elementos: supone que todo derecho, pactado u otorgado, puede ser estatuido de modo racional, con la pretensión de ser respetado por los miembros de la asociación; este derecho es un cosmos de reglas abstractas, por lo general estatuidas intencionalmente, defendidas en casos concretos por la judicatura y protegidas en términos más generales por la

administración; cuenta con un soberano legal típico que ordena y manda el derecho que él mismo obedece; el orden referido es impersonal y como tal es derecho; los asociados o gobernados obedecen al soberano no en atención a su persona sino por la competencia, y sólo hasta ella, establecida por el derecho racional objetivo derivado del mismo orden; la administración burocrática es jerárquica, y como tal cuenta con autoridades fijas facultadas por el derecho, y cuyas decisiones son susceptibles de ser impugnadas ante sus superiores; las reglas de su procedimiento son técnicas o normas; la formación de sus funcionarios es profesional; hay una separación plena entre el conjunto de burócratas y los medios que ellos usan para lograr los fines de la administración, es decir que ellos no son propietarios de los bienes estatales, y por tanto, les corresponde rendir cuentas, es decir, se distingue claramente entre el patrimonio público y el patrimonio privado; el funcionario no es dueño de su cargo; rige el principio administrativo de atenerse al *expediente*, por lo cual las actuaciones suelen ser registradas por escrito; los burócratas se caracterizan por ser funcionarios individuales, personalmente libres, sujetos a los deberes objetivos de su cargo, en jerarquía administrativa rigurosa, con competencias claramente fijadas, vinculados en virtud de un contrato, cuyo nombramiento se fundamenta en la calificación profesional, son retribuidos en dinero con sueldos fijos, con montos graduales según el rango jerárquico; los burócratas ejercen sus cargos como su única o principal profesión y guardan expectativas de carrera o ascensos, y se encuentran sometidos a una rigurosa disciplina y vigilancia permanentes.

Concluye Max Weber que la administración burocrática pura es la forma *más racional* de ejercer una dominación en cuanto aporta “precisión, continuidad, disciplina, rigor y confianza; calculabilidad, por tanto, para el soberano y los interesados; intensidad y extensión en el servicio; aplicabilidad formalmente universal a toda suerte de tareas; y susceptibilidad *técnica* de perfección por alcanzar el óptimo en sus resultados.” (Weber, 1997, p. 178)

Por otra parte, la *dominación tradicional* presenta características muy distintas. Se basa en la santidad de ordenaciones y poderes de mando heredados de tiempos lejanos, el señor o los señores derivan su legitimidad de reglas tradicionalmente recibidas; el soberano no es un “superior”, sino un *señor* personal, su cuadro administrativo no se compone de funcionarios sino de servidores; los servidores deben fidelidad personal al soberano; no se obedece a disposiciones estatuidas sino a la persona del soberano; las normas a las que se debe obediencia no son susceptibles de ser creadas deliberadamente, sino que las mismas son legitimadas por tradición y reconocidas por pertenecer a un sistema de reglas inveterado; el cuadro administrativo es reclutado con criterios patrimoniales, es decir, el linaje, la esclavitud, la clientela, o con criterios extrapatrimoniales como la confianza y la fidelidad entre otros.

Por último, la *dominación carismática* se basa en la cualidad extraordinaria de la personalidad del gobernante, ya sea porque se le entiende como poseedor de fuerzas sobrenaturales o sobrehumanas, porque se le acepta como enviados de Dios y en consecuencia como jefe, caudillo, guía o líder. Sus dominados son en rigor adeptos, que hacen un reconocimiento de la condición extraordinaria del jefe, que implica una entrega plenamente personal y llena de fe a su figura y a sus mandatos; su cuadro administrativo se corresponde con los discípulos, el séquito, los hombres de confianza, los cuales tienen establecida por el jefe una misión; el cuadro administrativo puede llegar a exigir o imponer la creación o apropiación de posiciones individuales sumamente lucrativas basadas en prebendas feudos y cargos.

Aunque Weber no suele hacer juicios de valor, es obvio que su ánimo está inclinado por la defensa del modelo racional de dominación legítima, el cual puede ser opuesto punto por punto a los modelos tradicional y carismático de dominación, pero más importante aún para lo que busca este artículo, es el hecho de que buena parte de sus distinciones pueden fundamentarse en un conjunto de criterios que permite diferenciar precisamente las formas de organización política o las prácticas que pueden ser tachadas como corruptas, de aquellas otras que no pueden ser tenidas como tales. Dicho en otros términos, los rasgos de los modelos tradicional y carismático son precisamente aquellas características que en el modelo racional legal coinciden con las prácticas, sistemas, estructuras, tipos de funcionarios y formas de ser corruptas. Si se asume, y no es equivocado hacerlo, que el modelo de dominación legal racional guarda una relación directa con las democracias liberales y sus formas de gobierno representativo, basado en la legalidad formal (estado de derecho en el sentido de contención del poder mediante un ordenamiento jurídico racional objetivo), se puede afirmar, usando las elaboraciones weberianas, que un sistema de administración legal racional es susceptible de ser calificado en mayor o menor medida como corrupto, en cuanto incorpore o presente rasgos propios de los modelos tradicional y carismático de administración pública.

Así las cosas, desde el punto de vista de la administración legal racional las prácticas que remiten a las formas de gobierno propias de los modelos tradicional y carismático, son corruptas. No debe perderse de vista que el criterio diferenciador es la racionalidad, es decir que aquellos modelos de dominación que carecen de ella en el sentido atrás mencionado podrían ser rechazados y tachados de corruptos. Pero también cabe la afirmación inversa, de acuerdo con la cual la introducción de características propias del modelo racional legal en el modelo carismático o en el modelo tradicional, daría lugar a un juicio de perversión o declive según sus respectivas apuestas por la legitimidad, y en ése sentido, presentarían rasgos de corrupción mirados desde su propio punto de vista.

1.4.5 Forsthoff

Remedio Sánchez Ferriz (1993, pp. 144 – 148), expone los elementos básicos que componen la teoría del Estado social. Al efecto, selecciona a Forsthoff como el teórico del estado social, junto con otros autores clásicos.⁵ Sin duda el modelo de Estado social sobre el que reflexiona Forsthoff es clave para entender los cambios en los regímenes políticos a lo largo del siglo XX. Sintetizando su pensamiento podría afirmarse que los rasgos característicos del Estado social son los siguientes: a) se diluye el dualismo sociedad - Estado creado bajo la concepción de la sociedad burguesa, y se los sustituye por la idea de que entre sociedad y Estado no hay oposición alguna, sino una cierta colaboración dirigida no sólo a considerar la libertad en abstracto, sino las condiciones materiales del entorno humano; b) la técnica o el progreso técnico se convierten en factores decisivos para crear las condiciones favorables a las oportunidades materiales de vida necesarias para el hombre; c) el Estado social está obligado a crear condiciones para que los individuos superen las circunstancias de indigencia y menesterosidad social en las que se encuentran dada la vida industrial y urbana contemporánea, pues se tornan dependientes de factores que ellos por sí mismos no pueden manejar como la provisión de gas, de agua, de energía eléctrica, de alcantarillado, de medios de transporte, entre otros.

Sánchez Ferriz, basada en diferentes autores, agrega a la formulación presentada por Forsthoff algunos rasgos de mucha importancia, como los siguientes: la búsqueda de la libertad que no se circunscribirá al aspecto estrictamente jurídico formal sino a su posible ejercicio real, de tal manera se encuentra esa libertad vinculada a la igualdad material; el reconocimiento de los derechos sociales que pueden ser exigibles judicialmente, pero que, en primer lugar, deben ser garantizados con toda la estructura burocrática estatal; la ampliación de la representación política, de tal manera que esta alcance a expresar dentro del Estado los intereses de múltiples objetos que configuran una sociedad más compleja, en cuanto se la concibe en términos materiales.

De todo lo dicho hasta aquí a propósito del Estado social, se sigue que aquello que se tiene como más valioso para ese modelo, es la consideración material satisfactoria de la vida de los individuos, o de la sociedad concebida globalmente. Desde este punto de vista, el Estado se encuentra al servicio de la sociedad, de ahí que sus funcionarios sean ante todo servidores públicos, y que los recursos de la sociedad,

5 La contribución sobre este tema es caleidoscópica: Joseph Proudhon, Herman Heller, John Maynard Keynes, Ralf Dahrendorf, Manuel García Pelayo.

que de todas maneras se configura en términos de ricos y pobres, sean destinados parcialmente a través del Estado a la satisfacción de necesidades mínimas de vida. Lo que no acepta el modelo de Estado social, es que algunos miembros de la sociedad se encuentren en condiciones precarias de vida material. Frente a este modelo, una sociedad o un Estado injustos son aquellos en los que por acción u omisión, algunos o muchos de sus miembros se encuentran sin las condiciones mínimas de vida satisfechas. El Estado social no rechaza los desequilibrios sociales, pero sí la desatención de necesidades básicas o mínimas vitales.

La solución a esos problemas se encuentra en una aceptación y a la vez una corrección del Estado liberal, conduciéndolo hacia un modelo de bienestar en el sentido de ser un Estado interventor en la economía, y de esta manera se buscará la redistribución dirigida a favorecer a los peor situados de la sociedad, y asistiendo a aquellos que por ciertas razones así lo requieran.

Tal concepción de la sociedad y del Estado, centrada de manera clara en los recursos de los que ambos disponen así como también en su destinación para satisfacer las necesidades materiales de los gobernados, es clave para comprender la aparición de la reciente lucha anticorrupción, especialmente cuando se aproximaba el declive del Estado social, hacia los años 70s y 80s, y la puesta en marcha del modelo neoliberal, hoy reinante. La corrupción en el modelo del Estado social se encuentra asociada al énfasis en la escasez por efecto de la desviación de recursos, la cual puede originarse tanto en el Estado, como en la sociedad o en el mercado. Un Estado social en crisis propicia las condiciones para que la carencia real o simbólica de condiciones materiales se convierta en un problema de legitimidad, y que por ello se exijan explicaciones acerca del origen, la planeación y la destinación efectiva de los recursos. Si la corrupción se encuentra asociada o incluso definida como escasez que resulta de la desviación de recursos, las explicaciones acerca del surgimiento de la corrupción pueden oscilar entre el fracaso del capitalismo, si quien efectúa el juicio es un comunista, y la poca decisión para aplicar medidas de capitalismo más fuertes, como por ejemplo acontece con las fórmulas neoliberales, a juicio de capitalistas radicales.

1.4.6 Robert Nozick

Robert Nozick bien puede ser presentado, a efectos de una teoría de los regímenes políticos, como un representante del nuevo liberalismo -o neoliberalismo- junto con otros autores tales como Milton Friedman y von Hayek. Su punto de partida es la crítica al modelo rawlsiano de fundamentación de la justicia distributiva en un Estado contemporáneo o de bienestar. Nozick es contundente en su afirmación

central, de acuerdo con él “Ningún Estado más extenso que el Estado mínimo se puede justificar” (Nozick, 1988, p. 287)

Nozick toma la noción de Estado mínimo de los perfiles lockianos del Estado liberal gendarme, basado en la cual asume una postura regresiva o de retorno. Al Estado mínimo le corresponde básicamente encargarse del problema de la seguridad de los individuos y de proteger básicamente el derecho a la propiedad. Nozick además introduce la noción de Estado ultramínimo y lo diferencia del Estado mínimo en los siguientes términos:

“El Estado gendarme de la teoría liberal clásica, limitado a las funciones de protección de todos sus ciudadanos contra la violencia, el robo y el fraude y la de hacer cumplir los contratos, etcétera, parece ser redistributivo. Podemos imaginar, al menos, un orden social intermedio entre el esquema de las asociaciones de protección privadas y el Estado gendarme. Puesto que el Estado gendarme es frecuentemente llamado: Estado mínimo, llamaré *Estado ultramínimo* a este otro orden. Un Estado ultramínimo mantiene un monopolio sobre todo el uso de la fuerza, con excepción del que es necesario en la inmediata defensa propia y, por tanto, excluye la represalia privada (o la proporcionada por una agencia) por daño y para exigir compensación. Sin embargo, únicamente ofrece protección y servicios de ejecución a aquellos que compran sus pólizas de protección y aplicación. El Estado mínimo (Estado gendarme) es equivalente al Estado ultramínimo con la adición de un plan de cupones del tipo de Milton Friedman (claramente redistributivo), financiado con ingresos fiscales. Según este plan, todas las personas, o algunas (por ejemplo: todas aquellas que lo necesitan), reciben cupones financiados por impuestos, los cuales únicamente pueden usarse para comprar pólizas de protección al Estado ultramínimo” (Nozick, 1988, p. 39).

Para Nozick, es profundamente injusto un Estado de bienestar porque su naturaleza redistributiva es injustificable frente a la premisa liberal de que no son aceptables las violaciones a los derechos liberales clásicos, pues toda forma de distribución y redistribución supone obligar a los individuos a hacer cosas que ellos muy posiblemente no quieran hacer. La redistribución se basa en razones y supuestos absolutamente insostenibles, tales como la cooperación, la existencia de abstracciones supraindividuales, entre otras.

1.4.7 George W. Bush

Por último, en este extenso listado de autores clásicos, se hace una referencia a George W. Bush, el ex Presidente de los Estados Unidos, quien no es desde lue-

go un teórico del Estado, pero bajo su gobierno como Presidente de los Estados Unidos cobró una inmensa importancia una distinción que se nutre de algunas de las consideraciones anteriores, pero observadas a la luz de las relaciones globales contemporáneas. En el contexto actual, la globalización de las relaciones políticas internacionales ha dado lugar o ha sido utilizada por los últimos gobiernos estadounidenses como un motivo para enfatizar el riesgo que para el orden mundial representan los “Estados débiles”, colapsados o desechables, con gobiernos inestables, conducidos de maneras no democráticas, los cuales son percibidos como despóticos.

Para George Bush la distinción más útil es aquella que diferencia entre: gobiernos estables e inestables o fuertes y débiles. Los gobiernos inestables y débiles son fuente de riesgo para los intereses norteamericanos en todo el globo, y aun representan un grave problema para la estabilidad mundial. Con posterioridad a los ataques perpetrados sobre el *World Trade Center* y otros intereses norteamericanos, el presidente George W. Bush expresó la que quizá sea la más clara asociación entre corrupción, lucha anticorrupción y ciertas formas de gobierno contemporáneas. Esta cita de George W. Bush, incluida en el texto de Restrepo Riaza, es ilustrativa:

“Los eventos del 11 de septiembre de 2001 nos enseñaron que los Estados débiles como Afganistán pueden traer un gran peligro para nuestro interés nacional, igual al que pueden traer los Estados grandes. La pobreza no hace que la gente pobre sea terrorista o asesina, pero la pobreza, las instituciones débiles y la corrupción pueden hacer que esos Estados débiles sean vulnerables, y sean utilizados para albergar o impulsar el terrorismo y los carteles de la droga dentro de sus fronteras” (Restrepo, 2004, p 181).

2. Comparación de las formas de gobierno y su relación con la corrupción y su rechazo: causas y respuestas

La aproximación al pensamiento de los clásicos permite percibir que no se trata solo de desacuerdos teóricos, sino que es mucho más que ello, se trata de verdaderas oposiciones que harían insoportable para cada autor vivir bajo un régimen contrario al que él defiende: piénsese en Robert Nozick viviendo en un régimen comunista; en Bodino viviendo en una sociedad organizada por Polibio, entre otros. Actualmente, la lucha contra la corrupción ataca la privatización ilegal de lo público, pero ello presupone aceptar la existencia de un orden liberal con reparto inequitativo de la riqueza. Lo que hoy se hace invisible es

que esa lucha contra la corrupción está sincronizada con la instauración de un modelo neoliberal que promueve la privatización legal de lo público, es decir, la simple privatización que, por supuesto, no es presentada como corrupción. Es un problema de formas de ver, es decir, de ideologías, de perspectivas y no de definiciones científicas.⁶

A continuación se presentará una tabla comparativa que permite visualizar más fácilmente los rasgos característicos de las formulaciones de los principales teóricos de los regímenes políticos, de tal manera que se observen con mayor precisión sus contrastes. Esta tabla toma en cuenta los elementos básicos comparativos para sintetizar los componentes mínimos básicos que permiten distinguir entre las distintas posturas, de tal manera que se haga evidente aquello que relaciona cada tipo de gobierno concebido, su defensa en términos de corrección y los rasgos endilgados como corruptos según la posición política de cada autor.

Los criterios de comparación son bastante sencillos: “Autor”, para identificar al clásico que formuló la elaboración teórica; “Tipo de gobierno correcto”, para designar la forma institucional ideal o correcta según el modelo teórico adoptado por el autor; “Razones de la corrección”, para presentar las justificaciones en que se basa el autor para defender su propuesta concreta que hace benévola una determinada forma de gobierno; “Tipo de gobierno corrupto”, para subrayar la forma de gobierno que el autor considera la menos conveniente, la peor, y muchas veces, su asociación con la corrupción; “Causas de corrupción”, para referirse a las razones en que fundamenta su juicio de rechazo a una determinada forma de gobierno; y por último, “Solución”, en la que se incluyen las maneras como el autor respectivo considera que se pueden resolver los aspectos negativos de un tipo de gobierno para convertir ese tipo de gobierno en una clase de gobierno positivo, incluso abandonando ese modelo y sustituyéndolo por el tipo de gobierno correcto. La solución es el elemento básico para luchar contra la corrupción del modelo que se rechaza.

6 En palabras de Thomas Hobbes: “Ciertamente los hombres no sólo tienen la costumbre de indicar con los nombres las cosas, sino de designar con ellos sus sentimientos, el amor, el odio, la ira, etc. De lo que se desprende que lo que uno llama democracia, el otro denomina anarquía; lo que uno define aristocracia, el otro indica como oligarquía, y lo que uno denomina tirano, el otro le da el nombre de rey. De manera que con estos nombres no se designan formas de estado diferentes, sino únicamente las diferentes opiniones de los ciudadanos en referencia a las personas de los gobernantes”. (Bobbio, 1997, p. 97)

Autor	Tipo de Gobierno Correcto	Razones de la Corrección	Tipo de Gobierno Corrupto	Causas de Corrupción	Solución
Otones	Democracia	Propicia mayor control sobre el gobierno por parte del pueblo	Monarquía	Imposibilidad de controlar al monarca por no tener límites	Otogarle el poder al pueblo
Megabyzo	Aristocracia	Los mejores hombres tomarían las mejores decisiones	Monarquía y Democracia	La monarquía lleva al abuso y la democracia a la ineptitud	Darle el poder a los más ilustrados
Dario	Monarquía	Erradica las enemistades de la oligarquía y la corrupción de la democracia	La oligarquía y la democracia	Son modelos de Estado débiles	Concentrar el poder en un solo sujeto
Platón	El Estado ideal	Es un modelo de Estado basado en la virtud	Todas las formas reales de Estado son corruptas, aunque en diferentes grados	Estos modelos están basados en múltiples vicios	Buscar la forma ideal de Estado y aproximarse a ella

Autor	Tipo de Gobierno Correcto	Razones de la Corrección	Tipo de Gobierno Corrupto	Causas de Corrupción	Solución
Aristóteles	Cualquier forma de Estado que busque el interés general	Es más importante el "cómo" se gobierna que saber "quién" debe gobernar	Formas de Estado que busquen intereses particulares	Se pierde la noción del interés general	Se debe permitir que la clase media determine el modelo de Estado
Polibio	Estados mixtos que reúnan las cosas buenas de monarquía, aristocracia y democracia	Se logra una complejidad que asegura la estabilidad	Formas de gobierno simple, es decir, sólo monarquía, aristocracia o democracia	Su simpleza lleva al fracaso por no controlar vicios correspondientes	Combinación de todas las formas de Estado
Bodino	Monarquía o república soberana (sin división de poderes)	Estabilidad Política	Estado dividido	La división causa conflictos que llevan a gran inestabilidad	Consolidar el poder en el monarca o en la asamblea
Montesquieu	Monarquía limitada o república (bien sea una aristocracia o democracia)	La separación de poderes	Despotismo como degeneración de la monarquía o la república	La corrupción de los principios de gobierno: aniquilación de la separación de poderes	Instauración de monarquías o repúblicas con separación de poderes

Autor	Tipo de Gobierno Correcto	Razones de la Corrección	Tipo de Gobierno Corrupto	Causas de Corrupción	Solución
Marx	Ausencia de Estado	Evita el dominio de clases	Cualquier forma de Estado	Perpetuación de la dominación de clases	Instauración del Comunismo
Max Weber	Dominación legal racional de organización burocrática	Garantiza la racionalidad de las instituciones del Estado	Dominación carismática o tradicional	Se basa en modelos de dominación irracionales	Organización racional burocrática para servir a gobernados
Forsthoff	Estado social	Garantiza una sociedad materialmente justa	Estado liberal clásico	Escasez por desviación de recursos públicos; abandono de individuos a su suerte	Intervenir la economía con medidas estatales
R. Nozick	Estado ultramínimo	Único que protege las libertades fundamentales	Todo Estado interventor	Intromisión en la esfera privada	Reducir el Estado
Bush	Democracias (neo) liberales fuertes	Estabilidad mercantil	Gobiernos no democráticos cerrados al mercado neoliberal	Inestabilidad, debilidad	Políticas de intervención y reconversión

Aunque esta tabla comparativa admite tipos de lecturas muy diversos, se pueden resaltar aspectos como los siguientes:

En primer lugar, el estudio de la teoría de las formas de gobierno expresadas por los autores clásicos es una fuente de información válida para examinar el concepto de corrupción –política-.

En segundo lugar, no hay un único concepto de corrupción –política- que se pueda deducir de la teoría de las formas de gobierno, ello es importante porque se trata de formas últimas formuladas por los autores clásicos. Términos tan distintos como inestabilidad, despotismo, desventaja, maldad, degeneración, discordia, mixtura o división del poder, Estado, susceptibilidad, irracionalidad, desequilibrios profundos en las clases sociales, escasez, abandono, interés particular, intervención en la esfera privada, gangrena, son usados con el sentido de corrupción.

En tercer lugar, el concepto último de corrupción política es relativo a una perspectiva ideológica determinada, y según el tipo de régimen que se considera ideal o correcto deberían ser rechazadas y perseguidas conductas muy diferentes, incluso opuestas entre sí.

En cuarto lugar, dado que todo régimen político postula unos rasgos como ideales o correctos para organizar la relación entre gobernantes y gobernados, a la vez que formula aquellos rasgos que resultan contrarios a los principios, los medios o fines que se proponen, todo tipo de régimen político cuenta con un concepto ínsito de corrupción que se expresa como los factores que contradicen el modelo, por tanto, todo régimen define la corrupción como la perspectiva del contra régimen que se defiende.

En quinto lugar, las causas de corrupción, en los sentidos examinados, son gubernamentales, es decir, están referidas a aspectos institucionales, estructurales o propios de la forma de gobierno, mientras que tienen menos peso los factores psicológicos o de perfiles de los gobernados.

En sexto lugar, es frecuente, aunque no generalizado, que la calificación de las formas de gobierno como corruptas coincida con una clara distinción entre los gobiernos occidentales y los gobiernos orientales, un cierto occidentalismo que de cierta manera permanece hoy (Huntington, 2006). En tal sentido la corrupción aparece asociada a las características de “el otro”.

En séptimo lugar, para la actualidad la teoría de los regímenes políticos muestra que la corrupción está mayormente asociada a las formas de gobierno no democráticas y a los Estados débiles, o bien, está asociada a formas de gobierno democráticas y fuertes, pero que presentan deformaciones, degeneraciones o defectos. Sin embargo,

la noción de inestabilidad política que en la teoría de los regímenes políticos aparecía asociada a los efectos de la corrupción, tenía como referente el orden interno de cada tipo de Estado, y no la relación de interdependencia entre unos y otros tipos de Estados, como ocurre en el actual orden mundializado.

Por último, en octavo lugar, los tipos de respuesta para luchar contra la corrupción no pueden ser uniformes por cuanto los resultados que se buscan con cada uno de ellos conducirían a la contradicción de los objetivos establecidos por muchos otros tipos de régimen. Por ejemplo, aumentar la democracia o la libertad resulta contrario a los fines perseguidos por modelos comunistas, carismáticos, tradicionales, monárquicos, entre otros.

3. Conclusiones

Por todo lo anterior se puede concluir con López Calera que “Ninguna teoría de la corrupción política puede ser estrictamente científica. Qué es la “corrupción política” es un problema ideológico, cuyo tratamiento depende de la cosmovisión y de la experiencia del teórico. Obviamente no es posible, pues, un concepto universal. Cualquier definición estará condicionada, será relativa y cuestionable” (López, 1997, p. 117).

Así pues, la búsqueda de una fórmula unánime para definir la corrupción es una quimera, que a lo sumo podrá aspirar a presentar una posición ideológica, aplicable solo a un reducido campo de prácticas políticas, como la forma correcta de entender tal fenómeno. En este sentido, la lucha contra la corrupción es solo una reacción contra determinadas formas de gobierno que son molestas para quienes adelantan la cruzada, o también, contra determinadas prácticas que se llevan a cabo dentro de tipos de gobierno aceptables. Esto no significa que aquello que actualmente se determina como corrupción carezca de alguna precisión, pero sí nos advierte acerca de los condicionamientos para definir el fenómeno de la corrupción, así como también su asociación con las viejas, recientes y nuevas luchas para determinar las formas de gobierno ideales, tal como ocurrió con la geopolítica a la que dio lugar la Guerra Fría, y los correlativos valores que se defendieron en la confrontación entre el Bloque occidental y el Bloque oriental de organizar la vida política, económica y social. Precisamente, como es sabido, ambos polos se acusaron recíprocamente de ser la expresión de la más rampante corrupción, y la extensión de uno de los modelos –el occidental sobre el oriental- ha señalado el triunfo de una de las formas de reacción: la actualmente denominada lucha contra la corrupción, que guarda una significativa proximidad con la instauración del neoliberalismo para la reducción

de los modelos de Estado, que resultaron y resultan contrarios o molestos para el capitalismo hoy vigente, es decir, corruptos.

Por todo lo anterior, puede afirmarse que todo proyecto de globalización de la lucha anticorrupción es inviable pues el mismo presupone que las formas de gobierno sean previamente estandarizadas, lo cual no solo no parece posible sino también poco deseable. Ello permite explicar que las resistencias al modelo contemporáneo de mundialización de la lucha anticorrupción, se mantengan por parte de gobiernos que se sustraen al modelo neoliberal contemporáneo, pero también contribuye a explicar las resistencias nacionales de parte de partidos políticos, movimientos políticos, grupos armados, entre otros.

Bibliografía

- BOBBIO, Norberto. *La teoría de las formas de gobierno en la historia del pensamiento político*. Fondo de Cultura Económica, Santafé de Bogotá, 1997.
- BODINO, Juan. *Los seis libros de la república*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992
- CEPEDA ULLOA, Fernando (coord.). *La corrupción administrativa en Colombia. Diagnóstico y recomendaciones para combatirla*. TM Editores, Fedesarrollo, Contraloría General de la República, Bogotá, 1994
- HOBBS, Thomas. *Leviatán o la materia, forma y poder de una república, eclesiástica y civil*. Fondo de Cultura Económica, México, 1996.
- HUNTINGTON, Samuel. *El choque de civilizaciones y la reconfiguración del orden mundial*. Editorial Paidós, Barcelona, 2006
- LÓPEZ CALERA, Nicolás. "Corrupción, ética y democracia. Nueve tesis sobre la corrupción política". En: Francisco J. Laporta y Silvina Álvarez (eds.). *La Corrupción Política*. Madrid, Alianza Editorial, 1997
- MISAS ARANGO, Gabriel (consultor), Oviedo León, Mónica y Franco Correa, Andrea (Investigadoras). *La lucha anticorrupción en Colombia. Teorías, prácticas y estrategias*. Contraloría General de la República, PNUD, Bogotá, 2005
- MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. Editorial Porrúa, México, 2007
- MONTOYA BRAND, Mario. Montoya Brand, Mario. "La instrumentación política de la corrupción". En: *Estudios políticos*, No. 16. Enero – junio de 2000. pp. 103 a 117. Instituto de Estudios Políticos. Universidad de Antioquia. Medellín.
- NOZICK, Robert. *Anarquía, Estado y utopía*. Fondo de Cultura Económica, México, 1988

- RESTREPO RIAZA. “La política internacional de Estados Unidos y la internacionalización del conflicto colombiano”. *Estudios Políticos* No. 25, julio-diciembre de 2004, Instituto de Estudios Políticos, Universidad de Antioquia, Medellín.
- SABINE, George. *Historia de la teoría política*. Fondo de Cultura Económica, México, 1998
- SÁNCHEZ FERRIZ, Remedio. *Introducción al Estado Constitucional*, Ariel Derecho, Barcelona, 1993
- WEBER, Max. *Economía y sociedad. Esbozo de sociología comprensiva*. Fondo de Cultura Económica. Santafé de Bogotá, 1997



Título: Rastros de restos serie 13

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***LA LUCHA CONTINÚA: NECESIDAD DE
AMPLIAR LAS CAUSALES
DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO
CUANDO EL EMBARAZO REPRESENTA
UN DAÑO AL PROYECTO DE VIDA
DE LA MUJER Ó SUBSIDIARIAMENTE
INDEMNIZACIÓN PARA ESTA CUANDO
SE LE DAÑA SU PROYECTO DE VIDA
AL IMPONERLE LA MATERNIDAD.****

* Este artículo fue extraído del trabajo de grado presentado y aprobado para obtener el título de abogada denominado "Daño al Proyecto de Vida a causa de un hijo no deseado" en el año 2010.

Fecha de recepción: septiembre 26 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 16 de 2011

**LA LUCHA CONTINÚA: NECESIDAD DE AMPLIAR LAS CAUSALES
DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO REPRESENTA
UN DAÑO AL PROYECTO DE VIDA DE LA MUJER Ó SUBSIDIARIAMENTE
INDEMNIZACIÓN PARA ESTA CUANDO SE LE DAÑA SU PROYECTO DE VIDA
AL IMPONERLE LA MATERNIDAD.***

*Natalia Zapata Mejía***

RESUMEN

En este artículo se estudiará el tratamiento y la solución jurídica que se deben dar, en el evento en que una mujer habiendo decidido libremente no tener más hijos o simplemente no tener hijo alguno, elige un método de planificación definitivo, como lo es, la ligadura de trompas (tubectomía) y se somete a dicha intervención quirúrgica; la decisión de no ser madre se ve frustrada por una conducta negligente o imperita del médico, lesionando de esta manera la libertad y el libre desarrollo de la personalidad; alterando las condiciones de existencia y trayendo como consecuencia un sin número de perjuicios materiales e inmateriales, y tal vez, el más importante, pero el cual no se reconoce en nuestro ordenamiento jurídico y que resulta gravemente lesionado, como lo es, “EL DAÑO AL PROYECTO DE VIDA”. Es así, que se plantean dos necesidades, la primera consistente en ampliar las causales de despenalización del aborto, incluyendo una más, tendente a consagrar los casos que se presenten bajo los supuestos enunciados, y la segunda respecto al surgimiento de la obligación de indemnizar por parte del galeno o de la institución médica, el daño generado al proyecto de vida de la mujer cuando por error médico se le impone a esta la maternidad.

Palabras clave: Daño a la persona, daño moral, libertad, libre desarrollo de la personalidad, patriarcado, proyecto de vida, tubectomía.

**CONTINUING STRUGGLE: NEED TO EXPAND THE CAUSES
OF DECRIMINALIZATION OF THE ABORTION WHEN THE PREGNANCY
REPRESENTS DAMAGE TO LIFE PROJECT OF THE WOMAN
OR ALTERNATIVELY INDEMNITY FOR THAT WHEN HER LIFE PROJECT
IS DAMAGE.**

ABSTRACT

This article studies the treatment and the juridical solution that should give, when a woman decides don't have more children, she chooses o method of family planning, like a tubal ligation, and the mother's decision is frustrated by the negligent conduct of the doctor, and this produces restrictions of free development of personality, changes the conditions of existence and producing a lot of material and immaterial damages, the most important and the less use is “damages to the project of life”. There are two needs, the first is expanding the causes of decriminalization of the abortion when happened that, and the second is the indemnity by the doctor or hospital when they commit a mistake in a tubal ligation.

Keywords: Damage to the person, moral damage, freedom, free development of personality, patriarchy, life project, tubectomy.

** Abogada Universidad de Antioquia, año 2010. Correo electrónico nataliazame27@gmail.com

LA LUCHA CONTINÚA: NECESIDAD DE AMPLIAR LAS CAUSALES DE DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO CUANDO EL EMBARAZO REPRESENTA UN DAÑO AL PROYECTO DE VIDA DE LA MUJER Ó SUBSIDIARIAMENTE INDEMNIZACIÓN PARA ESTA CUANDO SE LE DAÑA SU PROYECTO DE VIDA AL IMPONERLE LA MATERNIDAD.

“La vida en un Estado social de derecho es más que el hecho físico de existir. Las personas tienen el derecho a vivir dignamente. Por lo tanto, no es compatible con la Constitución la exigencia hecha a la mujer de dar a luz a un hijo en condiciones afectivas, sociales o económicas manifiestamente hostiles, las cuales, de antemano, condenan a ambos –madre e hijo– a una vida de infelicidad, inconciliable con el principio de la dignidad humana”

*Salvamento de voto sentencia C-133 de 1994
Magistrados: Eduardo Cifuentes Muñoz
Carlos Gaviria Díaz
Alejandro Martínez Caballero*

1. Sobre el daño al proyecto de vida

Aunque en Colombia la figura del daño al proyecto de vida es todavía muy desconocida jurídicamente hablando, desde 1985 este tema se ha venido desarrollando en varios trabajos publicados en libros y en revistas en el Perú¹, abordado y sustentado desde un daño a la libertad fenoménica y ontológica del ser humano. En dichos trabajos se asegura que, “el más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su *proyecto de vida*, es decir, aquel acto dañino que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a nuestra personal vocación”²; en definitiva es una grave limitación al ejercicio de la libertad.

Gracias a estos importantes aportes sobre el concepto referido, el autor argentino Jorge Mosset Iturraspe, en 1992, en un escrito expresa que, de los trabajos elaborados en el

1 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El Daño a la Persona en el Código Civil de 1984, en: autores varios. Libro Homenaje a José Barandiarán. Editorial Cultural Cuzco. Lima. 1985.

2 *Ibid.*, p. 164.

Perú se desprende que, “*daño a la persona, en su más honda acepción ... es aquel que tiene como consecuencia la frustración del proyecto de vida de la persona*”³ y además aclara que, cuando se trata de un daño de este talante “*truncaría la realización de la persona humana de acuerdo a su más recóndita e intransferible vocación*”⁴.

Es así, como en países como Perú y Argentina se han encargado de estudiar y desarrollar ampliamente el concepto de *daño al proyecto de vida*, hasta el punto de lograr introducir en su legislación interna, específicamente en sus códigos civiles, esta figura y las consecuencias de su vulneración.

Carlos Fernández Sessarego, trece años después, en un ensayo sobre el mismo tema, reitera que el *daño al proyecto de vida* es un componente genérico del *daño a la persona* y en una publicación del Portal de Información y Opinión legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú⁵, desarrolla ampliamente el concepto del *daño al proyecto de vida*, lo describe como un perjuicio que se genera a lo más íntimo del ser humano que lesiona su libertad, perteneciente al concepto general de los perjuicios inmateriales.

Es un perjuicio de carácter inmaterial y que como tal debe ser reconocido e indemnizado, antepone que en virtud de que el proyecto de vida es una manifestación fenoménica ontológica de la libertad del ser humano, es necesario valerse de la filosofía y específicamente de la filosofía existencial que surge en la primera mitad del siglo XX, donde se hace un redescubrimiento de la libertad, en cuanto al ser del hombre. El proyecto de vida es posible por cuanto el ser humano es un ser libre, coexistencial y temporal.

Sessarego comienza por exponer una definición de lo que es el ser humano, partiendo del filósofo Alemán Martín Heidegger, quien presenta al ser humano como un ser temporal. “El proyecto de vida se despliega en el tiempo existencial. A partir del presente y basado en el pasado el ser humano se proyecta constantemente hacia el futuro, el ser humano es tiempo”⁶.

3 MOSSET ITURRASPE, Jorge. El Valor de la Vida Humana. Tercera edición. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 1992, p. 327.

4 Ibid., p. 328.

5 http://dike.pucp.edu.pe/?ba_fs.htm. Fecha de consulta 23 de agosto de 2009

6 HEIDEGGER, Martín. El Ser y el Tiempo. Traducción del alemán José Gaos. Fondo de Cultura Económica. México. 1951, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos en: El Proyecto de Vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Derecho Puc. (Lima), No 56, Dic. 2003, p. 669.

Luego aborda al existencialista Francés Jean Paul Sartre, quien por su parte sostiene que, la existencia individual y única del ser humano se temporaliza como libertad y categóricamente que, “la libertad no es un ser: es el ser del hombre”⁷. El autor precisa que:

[...]El ser humano es tiempo. Constituye un proceso temporal, abierto, donde el pasado condiciona el presente y, desde este, se proyecta el futuro. El futuro está, por ende, dado en el presente en forma de proyecto. Si el ser humano es temporal es, también y por consiguiente, un ser histórico. La libertad en el tiempo, la vida temporal de la libertad, hacen posible que cada ser humano se proyecte, se realice, despliegue su personalidad, tenga una biografía y una identidad. [...] El ser humano no es una cosa, hecha, terminada, maciza, sino que, por el contrario, es lábil y fluido, desplegado en el tiempo, haciéndose permanentemente con los “otros” y con las “cosas” del mundo. [...] El ser humano, para realizarse en el tiempo en tanto ser libre, debe proyectar su vida. La vida resulta, así, un proceso continuado de hacer según sucesivos proyectos. El proyecto tiene como condición la temporalidad.⁸

Dicha definición le permite al jurista peruano postular que: “como seres libres y temporales estamos condenados a proyectar. El proyecto de vida, por consiguiente, se sustenta en la libertad, en la coexistencialidad y en la temporalidad del ser humano.

El ser humano es un ser coexistencial por cuanto se es *con* los demás, razón por la cual debe vivir en sociedad y servirse de los otros en su propósito de lograr los fines elegidos haciendo uso de su libertad, es por esto que el proyecto de vida se va realizando en la dimensión coexistencial.

Las decisiones adoptadas por el ser humano se traducen en actos o conductas. Sartre nos recuerda, precisamente que, “el acto es la expresión de la libertad”⁹. Las decisiones de las personas están dirigidas a realizar su vida dentro del marco de su proyecto de vida. Las múltiples y permanentes decisiones de las personas, por insignificantes que estas parezcan deben ser respetadas.

Sessarego, refiere que el *daño al proyecto de vida* se ubica dentro del llamado “Daño a la persona” y muestra como en las últimas décadas se ha presentado una fuerte influencia del personalismo o humanismo en el pensamiento jurídico, y

7 SARTRE, Jean Paul. El Ser y la Nada. Tomo III. Editorial Iberoamericana. Buenos Aires. 1494. Pág. 20, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos en: El Daño al Proyecto de Vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Derecho Puc. (Lima), No 56, Dic. 2003, p. 669.

8 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El tema se vuelve a tratar. Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida. En: Derecho PUC, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 50, Lima, diciembre de 1996. Pág. 47-97.

9 SARTRE, Jean Paul. El ser y la nada. Op. Cit. p. 665.

resalta que, en su ensayo: “El daño a la persona en el Código Civil Peruano de 1984”¹⁰, es donde por primera vez se hace una referencia importante sobre el daño al proyecto de vida.

“El más grave daño que se puede causar a la persona es aquel que repercute de modo radical en su proyecto de vida, es decir, aquel acto que impide que el ser humano se realice existencialmente de conformidad con dicho proyecto libremente escogido, atendiendo a una personal vocación.”¹¹

Además afirma que el ser humano, en tanto ser libre no sólo se proyecta sino que también se ve en la necesidad de valorar, pues para decidir debe elegir, optar por algún proyecto teniendo a la vista el abanico de posibilidades u oportunidades que le brindan las circunstancias, el medio en el cual desarrolla su vivir. Valorar es preferir entre sus opciones, una que para él tiene valor y le otorga sentido a la vida.

Es necesario resaltar, la distinción entre el daño moral y daño a la persona, ya que:

El “daño moral” no es otra cosa que una modalidad del daño a la persona y, por consiguiente, es una especie de un concepto comprensivo, es decir, de una noción genérica que lo engloba y subsume. Y esta, obviamente, es la del daño a la persona. Lo “moral”, quien lo duda, es sólo un “aspecto” de la compleja estructura del ser humano. [...] El daño a la persona tiene alcances muchos más amplios y profundos que un sentimiento, un dolor o sufrimiento. [...] El daño a la persona significa el agravio o lesión a un derecho, a un bien o un interés de la persona en cuanto tal, comprendiéndose dentro de él hasta la frustración del proyecto existencial de la persona humana. [...] Debe incluirse la restringida noción de daño moral dentro de aquella otra, genérica y comprensiva, de daño a la persona. Y es que el daño moral no es otra cosa, como está dicho, que un daño específico que compromete básicamente la esfera afectiva o sentimental de la persona, ocasionándole una perturbación, un dolor, un sufrimiento que carece de un sustento patológico.¹²

Para ampliar esta idea de que el “daño a la persona”, incluye el “daño moral”, pero que no se puede reducir a este último, el doctrinante recuerda las palabras de Mosset Iturraspe, quien sostuvo que,

La reparación del dolor es ahora un capítulo, pero no toda la materia. Con dolor o sin él, se debe respetar la intimidad, la vida de relación, los proyectos, la salud, entendida de una manera plena e integral. [...] El centro de la cuestión no es más el dolor, es el hombre, la persona humana, su dignidad,

10 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. “El daño a la persona en el Código civil de 1984”. Op. Cit. p. 202.

11 Ibid., p.170

12 Ibid., p. 171.

sus virtualidades, sus apetencias.”Dicha definición muestra por sí sola como el concepto de Daño a la persona, cobra una mayor importancia, en el orden jurídico.¹³

Luego de estas precisiones Fernández Sessarego explica cómo debería distinguirse una primera clasificación del “Daño”, según sea el tipo de ente afectado. Donde existe un daño subjetivo, que lesiona al ser humano en sí mismo, y un daño objetivo, que se centra en las cosas del mundo, en el patrimonio del ser humano. Para luego agregar una nueva distinción que se refiere al daño, ya no en función del ente dañado sino en razón de las consecuencias que de él se derivan, ya sea tratándose tanto de la lesión al ser humano mismo como a las cosas que posee.

Dicho autor, establece la primera y básica clasificación de los daños:

Daño subjetivo: es el que agravia o afecta a los seres humanos.

Daño objetivo: es el que incide sobre los objetos que integran el patrimonio de las personas.

Luego agrega: “El primero de dichos daños, por lo tanto, se refiere al “ser humano”, considerado en sí mismo, y el segundo de ellos atiende al “haber” del sujeto de derecho.”¹⁴

Pasa luego el autor a precisar qué tipo o tipos de consecuencias se derivan de los daños de que ha sido víctima la persona, afirma que además del daño biológico y del daño a la salud, hay un daño que frecuentemente se ignora o se olvida por quienes no logran aún descubrir o concebir la calidad ontológica del ser humano como ser libre y temporal, que se propone fines, los mismos que están contenidos en su proyecto de vida.

Finalmente dicho autor plantea la cuestión: ¿Existe un daño al proyecto de vida?

Para abordar la cuestión, reitera que: “el «proyecto de vida» es posible en tanto el ser humano es libre, coexistencial y temporal”¹⁵. Y es que el proyecto surge necesariamente de una decisión libre para su realización en el futuro, ya sea este mediato o inmediato. Por ello, sólo el ser humano es capaz de formular proyectos. Es más, no podría existir sin decidir ser lo que pretende ser, es decir, sin proyectar. Libertad, coexistencia y tiempo son por consiguiente, los supuestos existenciales del

13 MOSSET ITURRASPE, Jorge. *El Valor de la Vida Humana*. Tercera edición. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 1992, citado por FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos en: *El Daño al Proyecto de Vida en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. *En: Derecho Puc.* (Lima), No 56, Dic. 2003, p. 670.

14 *Ibid.*, p. 176.

15 *Ibid.*, p. 179.

proyecto de vida. Todos los seres humanos, en cuanto libres, generamos proyectos de vida. Nos proponemos realizarnos, vivir de determinada manera, haciendo aquello que se nutre de nuestra vocación personal. Para decidir sobre un cierto proyecto de vida, que responda a nuestra recóndita y raigal vocación personal, debemos valorar y precisar aquello que para nosotros resulta valioso realizar en la vida, aquello que le va a otorgar un sentido a nuestro inevitable existir. El proyecto supone trazar anticipadamente nuestro destino, un modo cierto de llenar nuestra vida, de realizarnos. El vivenciamiento de valores le otorga sentido y, por ende, trascendencia al vivir. Por ser libres y tener la capacidad de valorar, decidimos o elegimos un proyecto de vida, tratamos por todos los medios o instrumentos a nuestro alcance de cumplirlo, de concretarlo, de ejecutarlo durante el curso de nuestra vida, salvo que, en algún momento de nuestro existir, cambiemos o modifiquemos, en alguna medida, el proyecto existencial.¹⁶

Después de estos planteamientos, el autor, expresa que sería lícito preguntarse si fuera posible causar un daño de tal magnitud que frustrase nada menos que el radical proyecto de vida de la persona. A lo cual da una respuesta afirmativa. Precizando que:

Si bien, el hombre vive proyectándose es dable distinguir entre los múltiples proyectos que el ser humano diseña en su vida, al menos uno de entre ellos que tiene la característica de su fundamentalidad para la existencia, que es radical, que compromete todo su ser, que es aquel en el que se juega su destino y el que otorga sentido a su vida.

[...] El daño al proyecto de vida, que bloquea la libertad, es la consecuencia de un daño psicosomático, ya que no es posible dañar “directamente” aquello de lo que se tiene «experiencia» pero que carece de «ubicación» en tanto se trata del ser mismo del hombre. [...] No podemos confundir un daño a la estructura psicosomática del sujeto, que acarrea consecuencias biológicas -lesiones de todo tipo- y efectos en su salud –es decir, en el bienestar integral, con el daño a la libertad misma del sujeto, el que se traduce en la frustración de su «proyecto de vida».¹⁷

Como está dicho, el daño al proyecto de vida incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que afecta, por lo tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera

16 Ibid.

17 Ibid., p. 181.

de ser”. No es una incapacidad, cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino que se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aún más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital.

La frustración del proyecto de vida puede generar consecuencias devastadoras, en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir a plenitud, que colma sus sueños, sus aspiraciones, que es el correlato de ese llamado interior en qué consiste la vocación personal. Cada ser humano vive «según» y «para» su proyecto existencial. Trata de realizarse, de concretarlo, de convertirlo en una «manera de vivir», en su cardinal modo de existir.¹⁸

Es de anotar que resulta un gran avance jurídico, que el daño al proyecto de vida, entendido como una *limitación al ejercicio de la libertad*, haya sido tema de discusión, análisis y reparación en una Corte de rango Internacional como lo es la Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica.

Esta circunstancia deja claro que actualmente es totalmente válido hablar de la vulneración del derecho a la libertad y que, como consecuencia de ello debe existir una compensación, que hace parte de los múltiples perjuicios de carácter inmaterial diferente a la reconocida por los denominados perjuicios morales.

Este tribunal de rango internacional ha emitido por lo menos tres sentencias, donde deja por sentado que existe una categoría de daños inmateriales con vida propia, denominado *daño al proyecto de vida*: la del 27 de noviembre de 1998 sobre el caso de “María Elena Loayza Tamayo” contra el Estado Peruano; la de “Los Niños de la Calle” contra el Estado de Guatemala del 26 de mayo de 2001 y la sentencia “Cantoral Benavides” contra el Estado Peruano del 03 de diciembre de 2001.

En la sentencia del caso de “María Elena Loaiza” se trató el tema de reparación de daños ocasionados a María Elena Loayza, quien había sido absuelta del delito de traición a la patria (terrorismo agravado) por la justicia militar peruana, para luego inexplicablemente ser procesada nuevamente por el delito de terrorismo por la justicia común.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, reconoce que se violaron garantías jurisdiccionales reconocidas por la Convención Americana de Derechos Humanos,

18 FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. El tema se vuelve a tratar. Nuevas reflexiones sobre el daño al proyecto de vida. Op. Cit. p. 63.

concretamente el principio del *non bis in idem*. Además reconoce que como consecuencia de esa vulneración se le truncó su proyecto de vida.

Es evidente que los hechos violatorios en su contra impidieron la realización de sus expectativas de desarrollo personal y profesional, factibles en condiciones normales y causaron daños irreparables a su vida, obligándola a interrumpir sus estudios y trasladarse al extranjero, lejos del medio en que se había desenvuelto, en condiciones de soledad, penuria económica y severo quebranto físico y psicológico.¹⁹

Por otra parte en la sentencia de los Niños de la Calle contra el Estado de Guatemala, que se trató del brutal asesinato en Guatemala de cinco menores de edad, quedando además otro gravemente herido, al referirse al *daño al proyecto de vida de este la Corte Interamericana expresa que, “la eliminación y reducción de las opciones de vida de estos jóvenes ha limitado objetivamente su libertad y constituyen la pérdida de una valiosa posesión”*²⁰.

Frente al caso “Cantoral Benavides” como lo comprobó este Tribunal supranacional, el señor Luis Alberto Cantoral Benavides, fue sometido a condiciones de reclusión hostiles y restrictivas, siendo torturado y sometido a diferentes tratos crueles, inhumanos y degradantes y esto le produjo intensos dolores corporales y sufrimientos emocionales. Por lo que la Corte consideró, que los hechos demostrados “[...] ocasionaron una grave alteración del curso que normalmente habría seguido la vida de Luis Alberto Cantoral Benavides” y que, “los trastornos que esos hechos le impusieron, impidieron la realización de la vocación, las aspiraciones y potencialidades de la víctima, en particular, por lo que respecta a su formación y a su trabajo profesional”. Todo esto concluye la Corte “ha representado un serio menoscabo para su proyecto de vida.”²¹

De modo tal que seguir ignorando el proyecto de vida significaría desconocer, o aparentar desconocer, la compleja realidad del ser humano, en cuanto ser libre y temporal, a la que hemos aludido en precedencia y, por consiguiente, representaría una actitud tendente a empequeñecer el «valor de la vida humana».²²

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Sentencia del 27 de noviembre de 1998. Caso María Elena Loayza Tamayo contra el Estado Peruano. Parágrafo 150 de la sentencia.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Sentencia del 26 de mayo de 2001. Caso Los Niños de la Calle contra el Estado de Guatemala. Apartado 86 de la sentencia.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos de San José de Costa Rica. Sentencia del 03 de diciembre de 2001. Caso “Cantoral Benavides” contra el Estado Peruano. Punto 60 de la sentencia.

22 Ibid.

2. Despenalización

Bajo el amparo del principio y derecho a la libertad y teniendo en cuenta que sin libertad no hay dignidad, resulta totalmente pertinente y necesario ampliar las causales de despenalización del aborto y agregar una más, en la cual se le dé la opción a la mujer de interrumpir un embarazo que no planeó, que no desea y que trató de impedir a toda costa acudiendo a un método de planificación definitivo –ligadura de trompas–, fundamentando esta causal en el derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y en el Daño al Proyecto de Vida que se le ocasionaría en caso de verse obligada a asumir el papel de madre y tener que dejar de lado todos los planes que había hecho para su vida.

Cuando una mujer habiendo tomado una decisión libre y responsable de no tener más hijos o simplemente no tenerlos y ha acudido ante una entidad Hospitalaria para que se le realice un procedimiento quirúrgico “TUBECTOMÍA”, ligadura de trompas – método de planificación definitivo y el más seguro de todos – y este método de planificación le falla y queda embarazada, le debe ser legalmente permitido interrumpir ese embarazo, ya que se le vulneran derechos fundamentales, como el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, los que se traducen en el daño al proyecto de vida.

La libertad de la mujer en nuestro país continúa siendo coartada por discursos morales fruto del sistema de dominación patriarcal. El CUERPO de la mujer sigue siendo custodiado por la sociedad, la iglesia y el Estado, los cuales desconocen la autonomía inherente al ser humano para elegir su proyecto de vida.

El patriarcalismo constituye un modelo de dominación, basado en la subordinación de las mujeres a un sistema de valores económicos, sociales, políticos y culturales, que ha mutado en el tiempo en las formas de manifestarse, pero que continúa intacto en cuanto a las concepciones que sobre el cuerpo, la sexualidad y la privatización del vientre (que se traduce en el trabajo reproductivo y en la maternidad) tienen las diferentes instituciones modernas que hoy le dan vida al Estado y a la sociedad. Por ello parte de las instituciones que sostienen el patriarcado²³ alardean públicamente, que tienen una política de género o que su institución cuenta con herramientas de la perspectiva de género y con esto han logrado instrumentalizar una propuesta de transformación social, en cifras que miden cuantitativamente la igualdad entre los sexos. Pero lo que pocas veces entra a hacer parte del debate de dichas instituciones y mucho menos se expresa con indicadores o herramientas

23 Política sexual ejercida fundamentalmente por el colectivo de los varones sobre el colectivo de las mujeres.

para modificar la situación, es que, el hecho de que las mujeres sean incluidas en el sistema económico actual, es decir el capitalismo y en la prácticas patriarcales del ejercicio del poder, no cambia ni re-significa el imaginario y creencias existentes, sobre el cuerpo, la sexualidad, el goce, la privatización del vientre y el trabajo reproductivo de las mujeres.

Estos hechos dan cuenta de que el patriarcado sigue intacto, porque las condiciones de subordinación en las que se funda este sistema no se han modificado. El cuerpo de las mujeres sigue siendo regido y vigilado por la moral cristiana y por los fundamentos principales del patriarcado, cuya intención es privatizar el cuerpo de la mujer, adjudicándole a esta todo el trabajo reproductivo y dándole una condición de inferioridad en todos los ámbitos de la vida. En la actualidad el capitalismo ha reajustado dichos valores a través de una “libertad mercantil”, y por ende una sexualidad del consumo, que en nada modificó el imaginario social y masculino que considera que la mujer es un objeto que hace parte de los bienes sociales y familiares.

A lo largo de la historia se le ha impuesto a la MUJER cumplir un papel que ha sido determinado por el Estado, la sociedad, la iglesia, la educación, y, por supuesto, por el género masculino y al mismo tiempo se le ha negado participar en la toma de decisiones que tengan que ver con el rumbo de la historia y, peor aún, con el rumbo de su vida misma.

Sin embargo tras largas luchas abanderadas por grandes heroínas, se ha conseguido el reconocimiento de algunos derechos de las mujeres, pero que siguen siendo insuficientes en términos de igualdad con relación a los hombres.

El mundo y su dinámica necesita relaciones de igualdad y el efectivo ejercicio de la libertad, donde lo que prevalezca sea la dignidad humana, sin que la garantía de esta dependa de si se tiene un pene o una vagina, pues, el hecho de tener una u otra cosa no altera la condición de ser humano.

La dignidad humana exige que se respete el derecho a adoptar decisiones que tengan que ver con el ejercicio de la libertad, máxime cuando se trata de definir el rumbo de nuestra vida, de la elaboración de nuestro proyecto de vida en cuanto a la decisión de procrear o dejar de hacerlo.

De conformidad con lo establecido en los distintos tratados internacionales, suscritos por Colombia en materia de derechos humanos, *el derecho a la libertad nos permite tomar decisiones relativas a la reproducción sin tener que sufrir discriminación, coacciones, ni violencia.*

Es así como el Estado colombiano debe responder a los compromisos adquiridos en la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) y en

la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995), respecto a adoptar medidas que garanticen la plena vigencia de los derechos sexuales y reproductivos entre ellos, el derecho a la libre opción de la maternidad.

Nuestra Carta Política en su artículo 42 determina que, debido a la autonomía reproductiva y al libre desarrollo de la personalidad, tenemos derecho a determinar si queremos tener hijos y, en caso positivo cuántos y el intervalo entre ellos.

En este orden de ideas queda claro que nuestro ordenamiento jurídico, a través de su máximo instrumento, establece especial protección a la autonomía reproductiva y a libre desarrollo de la personalidad, que a la vez son, expresiones del derecho a la libertad.

De igual manera los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por Colombia hacen parte integral de la Constitución con fundamento en el artículo 93 de la misma, conformando el llamado Bloque de Constitucionalidad, y es por esto que los Estados tienen la obligación de respetarlos y hacerlos cumplir.

El Estado colombiano ha ratificado dos convenciones, de carácter internacional, dirigidas a proteger los derechos de la mujer y a erradicar todas las formas de discriminación y violencia que se ejercen sobre ella: la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la Mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1979 vigente en Colombia desde 1982 -Ley 51 de 1981-, y la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la Violencia contra la Mujer de “Belém do Pará”, que entró a regir en Colombia en 1996, en virtud de la Ley 248 de 1995.

Dichas Convenciones pretenden cambiar la visión que atribuye el papel de la mujer en la procreación e igualmente modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia, condición necesaria para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer.

En desarrollo de estas Convenciones, que hacen parte integrante del bloque de constitucionalidad, según lo ha dispuesto la misma Corte, los Estados se comprometen a adoptar medidas, incluso de carácter legislativo, que eliminen todo uso, práctica, o leyes que establezcan un trato discriminatorio a la mujer, y supone igualmente previsiones que garanticen la igualdad entre hombres y mujeres en sus derechos y responsabilidades.

De ahí que, los referidos derechos deberían poder ejercitarse bajo cualquier circunstancia y en cualquier momento – antes o después de la concepción - sin que su protección y garantía dependa del valor subjetivo y arbitrario que los legisladores de turno le asignen a la vida, ya sea por sus creencias religiosas, su formación académica, sus vivencias propias o su doble moral.

En términos generales, la imposición de tener un hijo no planeado y no deseado trae como consecuencia la vulneración de los principios fundamentales de libertad, autonomía y derechos fundamentales tales como: la dignidad, la autonomía reproductiva, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la igualdad y a la libre determinación.

Vedarle a la mujer la posibilidad de decidir libremente sobre la interrupción de un embarazo atenta de manera directa contra su autonomía para reproducirse o no, ya que la decisión de practicar o no un aborto cualquiera sea la circunstancia, no es más que el ejercicio real de dicha autonomía. No resulta razonable que en el papel se reconozca el derecho a ser libres y a tomar nuestras propias decisiones, pero a la hora de hacer exigible y materializar este derecho se imponga un sin número de limitaciones basadas todas en el subjetivismo del legislador y postulados religiosos (que no concuerdan con el Estado Laico que en teoría somos) que terminan coartando de manera radical la libertad de las mujeres.

La mujer como ser humano, tiene derecho a tomar sus propias decisiones, las cuales deben ser conformes con su proyecto de vida, el cual es elaborado por cada una, con base en unas circunstancias pasadas y presentes, teniendo en cuenta que cada decisión que se tome en el presente tendrá incidencia en el futuro. Cada decisión dependerá de sus gustos, de sus sueños, de su educación, de sus condiciones de vida actuales, de sus vivencias, de sus creencias, de sus costumbres y en general de su manera de visionar el mundo.

Por ningún motivo se puede obligar a una mujer a tomar una decisión que vaya en contra de sus planes, máxime cuando la mujer ha hecho todo cuanto estaba en sus manos para llevar a cabo su proyecto de vida, y es por esto que, ni el Estado, a través de su falsa democratización, ni la sociedad, ni la iglesia con su discurso moralista e inmenso poder, ni nadie puede interferir en el derecho de la mujer a tomar sus propias decisiones, sobre su cuerpo y sobre su autonomía reproductiva, decisiones propias de la esfera de cada mujer. Es por esta razón que resulta totalmente desdeñable el hecho de que el Estado, a través de la amenaza de una pena privativa de la libertad, le imponga a una mujer la condición de ser madre.

El derecho a la libertad y la igualdad de las mujeres no son derechos negociables, no son transables, no son pactables, ni siquiera son discutibles cuando se trata del proyecto de vida, no se pueden llevar a una mesa para que los hombres deliberen acerca de su materialización y sean éstos los que decidan si una mujer debe o no tener un hijo, el cual finalmente será responsabilidad suya y tendrá total y permanente injerencia en su vida, pues estadísticamente se ha mostrado que para los hombres la paternidad resulta ser algo opcional, que a lo sumo afecta su bolsillo y sus fines de semana cada quince días y en cambio para las mujeres no hay opción.

El Defensor del Pueblo en su intervención en la sentencia C-355 de 2006 se refiere al tema de la desigualdad entre hombres y mujeres, así:

Para demostrar aún más la diferencia injustificada de trato legal que comporta la penalización del aborto, cabe señalar que la legislación actual en Colombia sólo prevé el tipo penal de la inasistencia alimentaria para el padre renuente, tipo que, no sobra advertir, tampoco se califica según el género del eventual autor y que más bien recoge un lenguaje incluyente.

De esta manera el ordenamiento jurídico colombiano no establece un trato igual al impartido a las mujeres en el ámbito penal, al hombre que no desea asumir sus responsabilidades en relación con la concepción de la que fue partícipe.²⁴

El tipo penal del aborto, sólo sanciona a la mujer como si se radicara sólo en ella la responsabilidad de la procreación e implícitamente avala la irresponsabilidad del hombre, con lo cual reduce a la mujer a su función de procreación y la cataloga como criminal si llega a abortar, mientras que el hombre que no asume la paternidad, es tan solo un irresponsable.

La Corte Constitucional a través de un salvamento de voto hecho por varios magistrados en la sentencia C-133 de 1994, se ha pronunciado al respecto

Por otra parte, el embarazo y la maternidad inciden profundamente en la identidad de la mujer. Existe una poderosa creencia de que ser madre es natural y deseado y el renunciar a serlo supone una egoísta negación del instinto. No obstante, los estereotipos culturales han cambiado diametralmente con la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, por lo que igualmente debe aceptarse que ella goza de un derecho a la autodeterminación procreativa²⁵.

Cuando se penaliza el aborto se viola el principio constitucional de la dignidad de la mujer, ya que a través de una amenaza penal, se le impone llevar a cabo un proyecto de vida no deseado y con ello, inevitablemente se cosifica e identifica como vientre desligado de la conciencia, sin saber que el derecho a la vida digna de cada mujer se garantiza en la medida en que, de conformidad con su personalísimo proyecto de vida puede optar libremente por tomar sus propias decisiones como continuar o dar por terminado un embarazo no planeado y no deseado.

24 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006 del 10 de mayo de 2006. Magistrado Ponente Jaime Araujo Reintería.

25 Corte Constitucional. Salvamento de Voto sentencia C-133 de 1994. Magistrados Ponentes Dr. Carlos Gaviria Díaz y otros.

Un hijo no planeado y no deseado indiscutiblemente puede resultar siendo un daño o perjuicio, no sólo para la madre y para el hijo sino también para la misma sociedad.

Para la madre, porque le toca engendrar y criar a un hijo debido a una imposición legal, como si las leyes por sí solas tuvieran la capacidad de brindarle amor y protección real (al hijo) y en general de satisfacerle todas sus necesidades, desde las afectivas y emocionales hasta las económicas. A La mujer que no tenía dentro de sus planes ni cercanos ni lejanos la idea de ser madre, le toca modificar su proyecto de vida y acomodarse a otro que le significa un giro de ciento ochenta grados y renunciar en gran parte a la posibilidad de ser feliz; si se tiene que la felicidad no es otra cosa que el disfrute de unas condiciones que elegimos libremente, no es cierto que una mujer se realice cuando es madre, una mujer se realiza cuando tiene la posibilidad de hacer y de SER lo que ha elegido.

Para el hijo, pues el hecho de que este sea fruto de una obligación, de entrada le está restando la posibilidad de sentir el afecto y alegría que su madre podría sentir por su estadía en el mundo, además porque puede que una mujer desde su sentir desee ser madre y tenga una infinita capacidad de brindarle amor, pero que, debido a sus condiciones socioeconómicas, sea consciente de que no cuenta con los elementos necesarios para proporcionarle las cosas materiales que hacen posible la existencia de un ser humano.

Y finalmente un perjuicio para la sociedad, toda vez que un hijo que no cuente con el amor y unas condiciones afectivas óptimas y que no tenga siquiera sus necesidades básicas satisfechas, difícilmente podrá ser un individuo que le aporte aspectos positivos a la sociedad, sino que, por el contrario, bajo esas circunstancias lo más probable es que termine engrosando las filas de los innumerable pobres que día a día se ven en la penosa obligación de incurrir en algún acto delictivo para poder sobrevivir.

Por su parte, el libre desarrollo de la personalidad es la atribución que tiene toda persona frente a la posibilidad de decidir libremente, sin injerencias de ningún tipo; es por esto que cuando una mujer ejercita su libertad en sentido negativo, en cuanto a su procreación, y trata por todos los medios de conseguir el fin propuesto - no tener más hijos (o no tener hijo alguno) -, esta decisión debe tener prevalencia frente a cualquier valoración subjetiva, así sea de carácter legal, pues, el proyecto de vida debe ser protegido y respetado por la misma ley y por ningún motivo se puede permitir que la conducta negligente de un médico frustre la decisión adoptada y lesione el derecho a la libertad.

Es de anotar que cuando nos referimos a “medios” se hace alusión a todo aquello de que se vale nuestro ser para realizarse, es decir, nuestro cuerpo, nuestra psique

y las cosas del mundo, teniendo en cuenta que todo ello en una u otra medida contribuye a la realización o frustración del proyecto de vida.

Cuando el legislador, no tiene en cuenta el proyecto de vida, fundado en el derecho a la libertad, que elabora una mujer con respecto a la procreación, infaliblemente la somete a soportar una pesada carga; ya sea a través de la judicialización penal, (cuando esta opta por la interrupción voluntaria del embarazo) ó a través de la imposición de la condición de ser madre.

La obligación de tener un hijo no implica la mera decisión de engendrarlo por un período de nueve meses en el vientre de la madres, implica además una serie de cargas y responsabilidades económicas, sociales y psicológicas, que afectan la integridad y la vida de la mujer, que indefectiblemente modifican las condiciones de su existencia.

La intromisión estatal (la falsa moral) que obliga mediante la penalización absoluta del aborto a una mujer a soportar la responsabilidad de un embarazo no planeado y en consecuencia frustrar su Proyecto de Vida, desborda las obligaciones que deben soportar los ciudadanos libres, autónomos y dignos en un Estado Social de Derecho como el colombiano, que consagra como uno de sus principios rectores el derecho a La Libertad.

En el salvamento de voto de la sentencia C-133 de 1994 varios Magistrados, entre ellos el Dr. Carlos Gaviria Díaz, expusieron sus razones por las cuales estaban en total desacuerdo con la penalización del aborto:

En ciertas ocasiones, la obligación de tener un hijo –mediante la penalización del aborto–, impone una carga desproporcionada a la mujer. La intromisión estatal en la esfera de su personalidad no sólo comporta el deber de soportar durante nueve meses un embarazo, muchas veces, indeseado, sino, además, afecta la salud física y mental de la mujer al imponerle la responsabilidad de criar y proteger al niño en condiciones económicas adversas o sin el estado psicológico apropiado.

La mujer embarazada goza de un derecho constitucional a la autonomía procreativa. El Estado debe proteger este derecho y tomar las medidas necesarias para que sea efectivo, brindando apoyo a la mujer que desee procrear o poniendo al alcance de la reticente los medios médicos para impedir el riesgo que la práctica clandestina del aborto representa²⁶.

Judicializar a una mujer que ha ejercitado su libertad en sentido negativo en lo concerniente a la procreación, evidencia una total desproporción, en relación con la penalización que debe soportar la mujer que aborta, aún en el caso en que

26 Ibid.

un hijo signifique una frustración a su proyecto de vida y una alteración en las condiciones de su existencia a pesar de haber sido responsable y consecuente con su proyecto al elegir un método de planificación definitivo.

No puede el Estado solucionar de una manera tan olímpica y tan drástica como es la sanción penal, el ejercicio de la libertad de las mujeres, reflejado en la decisión de interrumpir voluntariamente un embarazo no planeado, no deseado y el cual se trató de evitar a través de la ligadura de trompas.

No resulta consecuente que un Estado venga a exigirle a la ciudadanía que actúe de determinada forma, cuando este se queda corto a la hora de contribuir con su bienestar, en otras palabras un Estado que no se hace presente para ayudar, pero sí para castigar.

Es totalmente indeseable que un Estado como el colombiano, que se caracteriza por su ausencia en materia de inversión social en educación, empleo, vivienda, salud, alimentación, se haga presente y con mano dura para castigar y sancionar a quienes toman decisiones contrarias a sus preceptos legales -pero coherentes con su proyecto de vida y sus posibilidades-, máxime cuando este no cumple con sus deberes estatales de garantía y protección de los derechos fundamentales y establecimiento de las condiciones sociales y económicas para que todos vivamos en condiciones dignas.

En este orden de ideas, se tiene que la decisión de la procreación es una decisión que tiene todo que ver con el proyecto de vida de una mujer, pues, no se puede ser madre sin que se alteren todos los planes previstos para la vida de una mujer.

Como bien lo dice Sartre en su escrito “El Existencialismo es un Humanismo”²⁷ la libertad hace posible la elección, y por tanto, la realización del individuo.

Establecer una limitación al derecho fundamental de autodeterminación y al libre desarrollo de la personalidad de la mujer, en particular a que esta decida si desea ser madre o no, y obligarla a ser madre luego de un embarazo no planeado y no deseado, el cual es fruto de una negligencia médica o una indebida información, la obliga a modificar todo su proyecto de vida y además no guarda consonancia con los postulados de un Estado Social y Democrático de Derecho como el que todavía en teoría somos.

Si bien es cierto, que se viene avanzando en materia de reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales de las mujeres, tampoco es menos cierto que la

27 SARTRE, Jean Paul. El Existencialismo es un Humanismo. 8ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México; 1980. 121.p.

sociedad y el legislador siguen en deuda con ellas, ya que a lo largo de la historia se le ha coartado su libertad, incluso frente a sus propias decisiones, siendo otros los que toman las decisiones que sólo a ella le atañen y que tienen total injerencia en su vida.

En consonancia con la sentencia C-355 de 2006 y especialmente con el concepto esgrimido por el Procurador General de la Nación en la misma, **el respeto a la dignidad humana es el fundamento principal del Estado Social de Derecho y sin libertad no hay dignidad.**

Sin libertad, esto es, sin la posibilidad de optar por la clase de vida que más y mejor se avenga con la concepción de mundo profesada, no hay dignidad humana, puesto que sin el ejercicio autónomo de la voluntad para pensar y actuar en la vida, el hombre piensa y actúa bajo el imperativo de condicionamientos ajenos, que lo convierte en medio para que los demás realicen sus designios y sea el instrumento de fuerzas extrañas a él. En este punto, se produce la concurrencia inseparable entre la dignidad humana y la libertad, toda vez que sin la existencia de esta, el ser humano será inexorablemente instrumentalizado.

Es, precisamente, a partir de la crítica radical a la relación social distintiva del medioevo, la dependencia personal, como se construye el ideal libertario del hombre moderno, de acuerdo con el cual la criatura humana es un ser dotado de voluntad para decidir sobre su propio destino, sin que condicionamientos extraños a la autonomía de esa voluntad tales como el nacimiento, el status, la voluntad divina, entre otros, predeterminen su existencia.

Es así que, cuando la vida del ser humano no está garantizada y regulada bajo la protección del principio de la dignidad humana, es inevitable quedar expuestos a la instrumentalización de la existencia y, consecuentemente, se reduce a este a la degradante condición de una cosa, de la cual se sirven o sobre la cual deciden los demás.²⁸

Es por esto que, bajo el amparo del principio y derecho a la libertad y teniendo en cuenta que sin libertad no hay dignidad, resulta totalmente pertinente y necesario ampliar las causales de despenalización del aborto y agregar una más, en la cual se le dé la opción a la mujer de interrumpir un embarazo que no planeó, que no desea y que trató de impedir a toda costa acudiendo a un método de planificación definitivo –ligadura de trompas–, fundamentando esta causal en todos los argumentos antes mencionados, que se resumen en el derecho a la libertad, al libre desarrollo de la personalidad, la dignidad y en el Daño al Proyecto de Vida que se le ocasionaría en

28 Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006. Op. Cit.

caso de verse obligada a asumir el papel de madre y tener que dejar de lado todos los planes que había hecho para su vida.

Cuando una mujer habiendo tomado una decisión libre y responsable de no tener más hijos o simplemente no tenerlos y ha acudido ante una entidad Hospitalaria a cargo del Estado para que le realice un procedimiento quirúrgico “TUBECTOMÍA”, ligadura de trompas – método de planificación definitivo y el más seguro de todos – y este método de planificación le falla y queda embarazada, le debe ser legalmente permitido interrumpir ese embarazo, ya que además de violarle, como bien es sabido, un sin número de derechos fundamentales, también le vulnera unos derechos no menos importantes como son el derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad, que se traducen en el daño al proyecto de vida.

*“La mujer decide, el Estado garantiza
y la sociedad respeta”*

Anónimo

3. La imputación de responsabilidad por el daño al proyecto de vida

Si bien es cierto que el tema de la responsabilidad civil es una figura que tiene un reconocimiento legal en el ordenamiento jurídico colombiano y, además, se especializa en muchos casos concretos que obedecen a la realidad, no es menos cierto que hasta el momento no se ha considerado que cuando una intervención quirúrgica de ligadura de trompas –Tubectomía- resulta ineficaz, en una mujer que libremente ha decidido no tener más hijos o simplemente no tenerlos, pueden concurrir los elementos necesarios _ hecho, daño y nexos de causalidad_ para imputar una responsabilidad civil por parte del equipo médico que tuvo a su cargo la intervención quirúrgica.

La legislación colombiana dentro del Código Civil contempla y describe los elementos que conforman la responsabilidad civil, que son: el hecho, el daño y el nexo de causalidad, los cuales nos permiten adecuar su teoría para el caso específico de este ensayo.

La libertad y el libre desarrollo de la personalidad son derechos reconocidos constitucional y legalmente, y son precisamente éstos en los cuales se sustentan los derechos sexuales y reproductivos, derechos que nos permiten elegir libremente si queremos tener hijos, el número de ellos y el intervalo entre éstos.

Es por esto, que cuando una mujer encuentra truncado y frustrado su proyecto de vida como consecuencia de una negligencia médica y se le impone la condición

de ser madre, se le está lesionando uno de sus derechos más preciados como es la *libertad* y consecencialmente el libre desarrollo de la personalidad.

Teniendo en cuenta que todo daño debe ser reparado, es totalmente racional y posible hacer uso de los elementos de la responsabilidad civil para pedir una indemnización por el daño al proyecto de vida a causa de un hijo no previsto.

De la definición del concepto de responsabilidad civil, del profesor Javier Tamayo Jaramillo: "... es la consecuencia jurídica en virtud de la cual, quien se ha comportado en forma ilícita debe indemnizar los daños, que con esa conducta ilícita ha producido a terceros"²⁹, se tiene que, si debido a una negligencia médica o una indebida información, una mujer llegare a resultar embarazada después de realizarse una ligadura de trompas – método de planificación familiar definitivo - se le ocasionaría un daño, que no es otro que encontrar frustrado su **PROYECTO DE VIDA** al verse en la obligación de dar a luz un hijo que ella no tenía previsto, lesionando de manera directa su libertad y obligándola a reorganizar toda su existencia de acuerdo a esta nueva condición.

Para el caso concreto, se tiene que el hecho, es la negligencia médica o la indebida información a la paciente, que trae como consecuencia un embarazo producto de una ligadura de trompas fallida.

La determinación del nexo de causalidad no plantea problemas extraordinarios en los casos en que el fallo de la operación de ligadura de trompas se debe a una negligencia médica en la práctica de la intervención. En todos esos casos, la práctica diligente de la esterilización habría impedido con toda probabilidad el embarazo, ya que -según se afirma- el porcentaje de fracasos no suele superar el 1%.³⁰

El otro elemento de la responsabilidad civil, consiste en el daño que se ocasiona al proyecto de vida que libremente se había elegido, creando una carga que la afectada que en el curso natural de los hechos no estaría obligada a soportar.

El daño indemnizable, no es otro que la lesión al proyecto de vida, visto como una manifestación de la libertad de procrear y de elegir libremente, como manifestación del principio de libre desarrollo de la personalidad

29 TAMAYO JARAMILLO, Javier. De la Responsabilidad Civil Tomo I. Editorial Temis S.A. 1999. Pág. 12.

30 "En el caso de ligaduras de trompas, la jurisprudencia española habla de una posibilidad de fracaso de entre un 0,1 a un 0,3% (concretamente, la STS 27.6.1997, Ar. 5758) habla de un 1 a un 2 por 1000). Otras sentencias hablan de un 0,5% (STSJ Cataluña 9.11.1993, AS 1993\4887), o del 0,4% (STSJ Cantabria 11.7.1997, AS 1997\2424). En la literatura especializada se habla de una ratio de fracaso del 0.1. (Dutt / Matthews, 2000, p. 139)". CASALS, Miquel Martín – SOLÉ FELIU, Josep. "Anticoncepciones fallidas e hijos no previstos". InDret. Girona (03/2011). En: http://www.indret.com/pdf/056_es.pdf. Fecha de consulta 23 de abril de 2011.

El daño se relaciona con la frustración de una “decisión de no tener hijos adoptada en ejercicio del derecho a la libertad y al libre desarrollo de la personalidad”.

Teniendo en cuenta que la finalidad de la institución de la responsabilidad civil, es precisamente el resarcimiento de los daños producidos, la indemnización del daño a su proyecto de vida, derivado de la frustración a un proyecto de vida libremente escogido (no tener hijos), debe ser reparado por quien lo ocasionó.

Conclusiones

1. La libertad es el derecho más deseable, pues aunque no es este precisamente un derecho que nos permite estar vivos en sentido estricto, para los seres que amamos la libertad si es el que nos brinda la esperanza de estarlo y lo más importante se convierte en la utopía, pero en la utopía en sentido positivo, es decir en el faro que ilumina nuestro sendero para seguir avanzando a pesar de la oscuridad.
2. El daño al proyecto de vida, como está dicho, incide sobre la libertad del sujeto a realizarse según su propia libre decisión. Como lo hemos reiterado, es un daño de tal magnitud que afecta, por tanto, la manera en que el sujeto ha decidido vivir, que trunca el destino de la persona, que le hace perder el sentido mismo de su existencia. Es, por ello, un daño continuado, que generalmente acompaña al sujeto durante todo su existir en tanto compromete, de modo radical, su peculiar y única “manera de ser”. No es una incapacidad cualquiera, ni transitoria ni permanente, sino que se trata de un daño cuyas consecuencias inciden sobre algo aun más importante para el sujeto como son sus propios fines vitales, los que le otorgan razón y sentido a su vida. El daño al proyecto de vida es un daño futuro y cierto, generalmente continuado o sucesivo, ya que sus consecuencias acompañan al sujeto, como está dicho, durante su transcurrir vital.
3. La frustración del proyecto de vida puede generar consecuencias devastadoras en tanto incide en el sentido mismo de la vida del ser humano, en aquello que lo hace vivir a plenitud, que colma sus sueños, sus aspiraciones, que es el correlato de ese llamado interior en qué consiste la vocación personal. Cada ser humano vive «según» y «para» su proyecto existencial. Trata de realizarse, de concretarlo, de convertirlo en una «manera de vivir», en su cardinal modo de existir.
4. Un daño cuyas consecuencias, que comprometen la existencia misma del sujeto, suelen perdurar. Ellas difícilmente logran ser superadas con el transcurso del tiempo. El daño causado es de tal magnitud que frecuentemente acompañan

a la persona por toda la vida, por lo que compromete su futuro. La víctima ha perdido, en gran medida, su propia identidad. Dejó de ser lo que libremente se propuso ser. Dejó de realizarse a plenitud.”

5. Dar a luz un hijo no previsto, se constituye innegablemente en un daño al proyecto de vida de la mujer que decidió libremente no tener hijos y como tal debe ser indemnizado.
6. Seguir ignorando la posibilidad del daño al proyecto de vida significaría desconocer, o aparentar desconocer, la compleja realidad del ser humano, en cuanto ser libre y temporal, a la que hemos aludido en precedencia y, por consiguiente, representaría una actitud tendente a empequeñecer el «valor de la vida humana».

Bibliografía

Textos consultados y citados

Libros

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** El Daño a la Persona en el Código Civil de 1984, en: autores varios. Libro Homenaje a José Barandiarán. Editorial Cultural Cuzco. Lima. 1985, 279. p.
- HEIDEGGER, Martín.** El Ser y el Tiempo. Traducción del alemán José Gaos. Fondo de Cultura Económica. México. 1951, 478. p.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge.** El Valor de la Vida Humana. Tercera edición. Rubinzal – Culzoni. Santa Fe. 1992, 379. p.
- SARTRE, Jean Paul.** El Ser y la Nada. Editorial Iberoamericana. Buenos Aires. 1948. 775. p.
----- El Existencialismo es un Humanismo. 8ª ed. México: Universidad Nacional Autónoma de México; 1980. 121. p.
- TAMAYO JARAMILLO, Javier.** De la Responsabilidad Civil. Tomo I. Editorial Temis S.A. 1999, 415. p.

Revistas

- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** El Daño al Proyecto de Vida en una reciente sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En: Revista de Responsabilidad Civil y Seguros. Buenos Aires (julio –agosto, 2000); 659 -700. p.

----- El tema se vuelve a tratar en. Nuevas reflexiones sobre el **daño al proyecto de vida**. *Derecho PUC*, Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica, N° 50, Lima, diciembre de 1996, 45 -96.

Sentencias

Corte Constitucional. Salvamento de Voto sentencia C-133 de 1994. Magistrados Ponentes Dr. Carlos Gaviria Díaz y otros

Corte Constitucional. Sentencia C-355 de 2006 del 10 de mayo de 2006. Magistrado Ponente Jaime Araújo Rentería.

Páginas de internet

http://dike.pucp.edu.pe/?ba_fs.htm. Fecha de consulta 23 de agosto de 2009

http://www.indret.com/pdf/056_es.pdf. Fecha de consulta 23 de abril de 2011.



Título: Rastros de restos serie 14

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***DISQUISICIONES JURÍDICAS SOBRE
LA IMPOSICIÓN DE LOS BALANCES
EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD
HORIZONTAL***

Fecha de recepción: septiembre 28 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 2 de 2011

DISQUISICIONES JURÍDICAS SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LOS BALANCES EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

*Clara Inés Escobar**

RESUMEN

En este artículo se argumenta por qué se exigen en Colombia los balances para todas las personas naturales o jurídicas, tengan patrimonio o simplemente lo administren, y en consecuencia la ley 675 o régimen de propiedad horizontal ordena elaborar los balances en las propiedades sometidas a su régimen y también la contabilidad presupuestal, a pesar de que solo se da aplicación a los balances.

Se explica que la imposición de los balances y su aplicación en cuanto se refiere a las propiedades sometidas al régimen de propiedad horizontal, a las entidades sin ánimo de lucro en general, y a los sectores de la nación, tiene implicaciones negativas. Para demostrarlo explicamos que aunque los balances en las propiedades horizontales son legales, no son legítimos, útiles, ni convenientes, y su ejecución hace inoperantes a las propiedades sometidas a la ley 675, además de impedirles acatar sus mandatos. Para ello se analiza: en qué consisten los balances y cuáles son sus elementos constitutivos; cuál es la definición de presupuesto; en qué apartes obliga la ley 675 a realizar la contabilidad presupuestal; y qué dicen los reglamentos de ella. Por último, en las conclusiones ponemos de presente el daño que se le hace a las propiedades sometidas a la ley 675 al exigirles erróneamente la elaboración de los balances y no explicarles cómo llevar la contabilidad presupuestal.

Palabras clave: propiedad horizontal, contabilidad, balance, contabilidad presupuestal presupuesto, patrimonio.

LEGAL TREATISES ABOUT THE IMPOSITION OF THE BALANCES IN THE REGIME OF HORIZONTAL PROPERTY

ABSTRACT

This article argues why balance sheets are obligated in Colombia for every natural or juridical persons, no matter if they have patrimony or simply manage it, and therefore the law 675 or condominium regime commands to elaborate the balance sheets in the properties subject to its regime, and beside the budgetary accounting, despite that only balance sheets are realized.

It is explained that the imposition of balance sheets and its application related to the properties subject to the condominium regime, to the nonprofit organizations in general, and the sectors of the nation, has negative implications. In order to demonstrate it, we explain that although balances sheet in the condos are legal, they are not legitimate, useful, nor convenient, and its implementation makes inoperative the properties subject to the law 675, and also makes impossible to them to follow its mandates. For that it is analyzed: what balance sheets are and which are its constituent elements; what is the definition of budget; in which excerpts the law 675 order to do the budgetary accounting; and what the regulations say about it. Finally, we put in the conclusions the damage that is done to the properties subject to the law 675 when they are wrongly required to elaborate balance sheets without an explanation of how to do the budgetary accounting.

Keywords: condominium, accounting, balance sheets, budget, patrimony.

* Socióloga de la Universidad Autónoma Latinoamericana de Medellín, con estudios completos de maestría en la Carrera de Posgrado en Planeación Física, Urbana y Regional de la Universidad Nacional de Colombia, Sede de Medellín. Autora del libro *De la Propiedad Horizontal y las Unidades Inmobiliarias Cerradas*, publicado recientemente por la Editorial Temis. Correo electrónico: claraineses@gmail.com

DISQUISICIONES JURÍDICAS SOBRE LA IMPOSICIÓN DE LOS BALANCES EN EL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

Introducción

Características del régimen de propiedad horizontal.

Las propiedades horizontales tienen una forma especial de creación y funcionamiento y, por esto, solo se rigen por sus propias normas, como se dice en el decreto 2500 de 1986, artículo 45; en el decreto 2150 de 1995, artículo 45; en la sentencia de la Corte Constitucional C-340 del 1º de agosto de 1996 y en el artículo 84 de la Constitución Política.

El decreto 2500 dice en su artículo 45: “lo dispuesto en este capítulo no se aplica (...) [para] las personas jurídicas respecto de las cuales la ley expresamente regule en forma específica su creación y funcionamiento, todas las cuales se regirán por sus normas especiales”.

La Corte Constitucional, en sentencia C-340 de 1996 afirma, refiriéndose al decreto 2150 de 1995: “En cuanto al artículo 45, (...) [es claro que] deja explícito que las reglas establecidas no pueden cobijar a personas jurídicas que tienen previstos regímenes especiales de origen constitucional o legal (...)”.

Ajustado a las afirmaciones anteriores, la ley 675 o **régimen de propiedad horizontal** es una ley de orden público, de carácter imperativo, como lo expresa el legislador en el párrafo 1º del artículo 5º. Ningún ente, ninguna autoridad, puede añadirle a la ley nada que no contenga, y tampoco hay decretos o leyes, que estén por encima de la ley 675. Por encima de la ley 675 solo está la Constitución Política. De manera que no les son aplicables a las propiedades horizontales las normas para comerciantes, porque las leyes especiales -y las leyes de carácter imperativo o normas de orden público lo son-, tienen por fin y objeto determinar sus propias características y apartarlas de las normas comerciales. Debido a que el régimen de propiedad horizontal combina la comunidad y la propiedad individual, le imprime la ley el carácter de propiedad sui generis, es decir, singular y excepcional; el régimen de propiedad horizontal es esencialmente distinto a todas

las otras entidades sin ánimo de lucro existentes y a las sociedades. De tal modo que lo único que tiene en común con las otras entidades sin ánimo de lucro es la contabilidad presupuestal, lo que implica la obligación de mantener y conservar el patrimonio que administran, aunque no es de su propiedad.

A las propiedades sometidas a este régimen no les es permitido declararse en quiebra, no pueden perder, y tampoco están creadas para ganar, porque no tienen ánimo de lucro (cfr. art. 33, ley 675), por esta razón deben llevar correcta y eficazmente la contabilidad presupuestal, olvidándose de los balances, los que fueron concebidos con fines de impuestos, y estas propiedades son no contribuyentes de impuestos.

La ley 675, como ley de orden público con carácter imperativo, especial, que regula un régimen de propiedad esencialmente distinta a la de los comerciantes, es una ley superior al decreto 2649 y, como tal, está por encima de este decreto, como él mismo lo manifiesta. Sin embargo, en su texto, se acoge al decreto 2649, el que es contrario a los principios de contabilidad generalmente aceptados en otros países. Por ejemplo, en España se redactaron unos principios de contabilidad para los entes con patrimonio, otros para las empresas solidarias y otros para las microempresas, aunque olvidaron a las propiedades horizontales, las niñas huérfanas de los Estados. En Colombia solo hay unos principios de contabilidad plasmados en el decreto 2649, obligatorios para todas las personas.

Ni en Colombia, y en ningún otro país del que tengamos noticia, se han expedido normas contables para este tipo de propiedades; también las leyes que las regulan callan al respecto. Es así como la ley 675, sometiéndose al decreto 2649, ordena elaborar los balances; y ordena los presupuestos pero con la omisión de mandar cómo llevar la contabilidad presupuestal, como debió hacerlo. Las normas especiales, y, como lo explicamos, la ley 675 es una norma especial, debió establecer: el plan de cuentas al que las propiedades debían allanarse o autorizarlas para diseñar su propio plan de cuentas; qué libros deben llevar para que reflejen los presupuestos de ingresos y gastos de los coeficientes de copropiedad y de los sectores y módulos; cómo registrar los libros y cómo liquidar el presupuesto aprobado o modificado por la asamblea, pero no lo hizo. A cambio obliga el cumplimiento al decreto 2649, al ordenar los balances, con lo que le causó un grave daño a estas copropiedades.

Por qué la ley 675 ordena elaborar balances.

Es evidente que a los contadores, a nivel internacional, se les enseña la contabilidad mercantil, y solo saben de los balances y del sistema de causación, mas no de la contabilidad presupuestal y el sistema de caja inherente a ella; esto es una

falencia grave de las facultades de contaduría pública y es una de las razones para que los contadores pretendan que todos los entes, sin excepción alguna, lleven la contabilidad mercantil.

En Colombia, esta idea la plasmaron los contadores en el decreto reglamentario 2649 de 1990 o principios de contabilidad generalmente aceptados. La ley 675, régimen de propiedad horizontal, por ser una norma superior a un decreto, no necesitaba acogerse a él, y sin embargo lo hizo al ordenar el balance general y el balance de prueba, cfr. art. 51, numeral 4. Este mandato riñe con la debida administración y el correcto funcionamiento de la propiedad horizontal.

Por el contenido de los artículos 1º y 2º del decreto 2649, que hace valer los principios de contabilidad a todas las personas naturales o jurídicas que pretendan hacer valer su contabilidad como prueba, no son generalmente aceptados, sino siempre exigidos. Si se constatan estos principios con los emitidos por los otros países, y con lo aprobado en la conferencia de Punta del Este que dio origen a la creación de los principios de contabilidad, podrá observarse que su contenido es contrario al consenso general: en todos los países se expidieron estos principios para las empresas con patrimonio, como se hizo en Colombia con los decretos 2165 de julio 9 de 1986 y 3129 de octubre 6 de 1986.

El decreto 2649 de 1993, año en el cual se posesionó el primer Contador General de la Nación, reemplazó al decreto número 2160 de 1986 (julio 9) “por el cual se reglamenta la contabilidad mercantil y se expiden las normas de contabilidad generalmente aceptadas”, y al decreto 3129 de octubre de 1986, que modifica al decreto 2160 y ratifica que se refiere a la contabilidad mercantil y a los comerciantes.

El decreto 3129 decía:

Considerando:

Que por medio del decreto 2160 de 1986, se reglamentó la contabilidad mercantil y se dictaron las normas de contabilidad de general aceptación para Colombia;

(...)

(...) para el manejo de la contabilidad de los comerciantes la vigencia de estas disposiciones durante el curso de un ejercicio contable y fiscal, como quiera que ello afectaría la uniformidad y homogeneidad de los registros contables y su consistencia durante el período, así como la presentación de los estados financieros, (...).

Primero, se sigue hablando de contabilidad mercantil; segundo, se refiere a normas de contabilidad de general aceptación -general no es igual a siempre, en todos los casos, como más tarde lo estipuló el decreto 2649-; tercero, se confiesa que es la contabilidad

de los comerciantes; cuarto, las disposiciones tienen que ver con el fisco, con los impuestos, y quinto, se manifiesta que la contabilidad de los comerciantes debe ser uniforme y homogénea. Como puede observarse, nada tenían que ver las leyes de propiedad horizontal con el decreto 3129 de 1986.

Posteriormente se expide el decreto 2553 de 1987 de diciembre 31, “por el cual se modifica el decreto 2160 de 1986” el que se tituló “por el cual se reglamenta la contabilidad mercantil y se expiden las normas de contabilidad generalmente aceptadas”. Dice así: “Artículo 6° El artículo 68 del Decreto 2160 de 1986 quedará así: El patrimonio. El patrimonio de la empresa se encuentra constituido por los aportes de los accionistas o propietarios, el superávit (...).”

Como puede apreciarse, todos los decretos anteriores al decreto 2649 hablan del patrimonio, de los comerciantes, de la contabilidad mercantil; en cambio, el decreto 2649 es válido para todas las personas que lleven contabilidad, sean naturales o jurídicas, comerciantes o de naturaleza civil, tengan patrimonio propio o simplemente administren patrimonio ajeno. Así se hace obligatorio este decreto con sus balances para las entidades sin ánimo de lucro, para la nación y para las entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera sea el orden al que pertenezcan, cfr. art. 354 de la Constitución Política.

El decreto reglamentario 2649, de diciembre de 1993 se tituló “De los principios de contabilidad generalmente aceptados” y derogó los decretos 2165, 3129 de 1986 y 2160 de 1986. Ya no reglamenta la contabilidad mercantil, aunque en el artículo 6° se refiere a la empresa. Definitivamente, su contenido es contradictorio. Dice:

Art. 1o. Definición. De conformidad con el artículo 6 de la Ley 43 de 1990, se entiende por principios o normas de contabilidad generalmente aceptados en Colombia, el conjunto de conceptos básicos y de reglas que deben ser observados al registrar e informar contablemente sobre los asuntos y actividades de personas naturales o jurídicas.

(...)

Art. 2o. Ámbito de aplicación. El presente decreto debe ser aplicado por todas las personas que de acuerdo con la ley estén obligadas a llevar contabilidad.

Su aplicación es necesaria también para quienes sin estar obligados a llevar contabilidad, pretendan hacerla valer como prueba.

(...)

Art. 6o. Ente económico. El ente económico es la empresa, esto es, la actividad económica organizada como una unidad, respecto de la cual se predica el control de los recursos. El ente debe ser definido e identificado en forma tal que se distinga de otros entes.

Dice que se refiere al ente económico, a la empresa, y empresa es “una unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles, o de prestación de servicios con fines lucrativos”. Omite los términos “comerciantes” y “contabilidad mercantil” pero parece suponer que toda actividad económica es una empresa, lo que no es cierto. Es evidente su incoherencia y contradicción interna al promulgar que los principios de contabilidad generalmente aceptados se hacen obligatorios siempre, no generalmente, a todo tipo de personas que lleven contabilidad. Y, como la ley 675 ordena al administrador llevar contabilidad (cfr. art. 51, numeral 2), además, como los contadores suponen que el decreto 2649 está por encima de cualquier ley posterior, exceptuando las normas superiores, y no entienden que una ley de orden público es superior a un decreto, lograron que la ley 675 se sometiera al decreto 2649 y, por lo tanto, ordenara los balances.

Toda esta parafernalia se contradice con el artículo 6° del decreto 2649 que hace referencia a la empresa. Se preguntará el lector cómo resolvieron el problema. Muy sencillo: entraron a propagar la falaz afirmación de que el Estado es una empresa, y los ciudadanos son los socios, como se repite en casi todos los documentos que expide la Contaduría General de la Nación. Si trasladamos esta afirmación a las propiedades horizontales, entonces habría que decir que la propiedad horizontal es una empresa y los copropietarios son los socios, afirmación que está muy lejos de ser cierta. Y, como no es cierta, el régimen de propiedad horizontal no debió ordenar los balances. El postulado de la Contaduría General no se compagina con la definición de empresa que trae el Diccionario de la Real Académica Española y que acabamos de transcribir, como entidad con fines lucrativos. En buen español, en términos económicos, los sectores de la nación, los entes territoriales, las propiedades horizontales y las otras entidades sin ánimo de lucro no son empresas, porque no tienen fines lucrativos, entonces, no los acoge el decreto 2649.

Ya tenemos claro que por orden expresa del decreto 2649 todas las personas naturales o jurídicas que lleven contabilidad deben acatarlo. La consecuencia es nítida: se está creando, con este decreto, empleo a los contadores. Si el lector no comparte nuestra opinión, hasta ahora, lo debemos remitir a la ley 43 de 1990; era inminente en ese momento la promulgación de una nueva Constitución Política. Por esto, la ley 43 estipula en el artículo 16: “De la composición. La Junta Central de Contadores será el tribunal disciplinario de la profesión y estará integrada por ocho (8) miembros así: (...) 6. El Contador General de la Nación o su delegado.”

Es claro que desde 1990 se gestó la idea entre los contadores de lograr que la nación hiciera balances -aunque llevara debidamente la contabilidad presupuestal-, y de que habría un Contador General de la Nación. Posiblemente sirvió de excusa la ley 43 de 1990 para crear conciencia entre la clase política de la necesidad de la

creación de la dependencia llamada Contaduría General de la Nación; ya se sabía cómo lograr que los futuros principios de contabilidad generalmente aceptados –decreto 2649-, fueran obligados en la Constitución Política por medio de la función dada al Contador General de la Nación de elaborar balances; además se pretendió que este fuera la primera autoridad de la contabilidad de la nación y de los particulares, mediante la redacción aparentemente ambigua del artículo 354 de la Constitución porque en él se le asigna la función de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública. Por esto, se argumenta que el Contador General debe prescribir la contabilidad del país, tanto la del sector público como la del sector privado, que debe tener su propio cuerpo técnico¹, su propio sistema de información financiera², diferente a la existente para la oficina de presupuesto del Ministerio de Hacienda.

Para concretar la idea anterior, citemos el artículo 12 de la ley 43 de 1990: “A partir de la vigencia de la presente ley la elección o nombramiento de empleados o funcionarios públicos, para el desarrollo de cargos que impliquen el ejercicio de actividades técnico-contables, deberá recaer en contadores públicos. La violación de lo dispuesto en este artículo conllevará la nulidad del funcionario o entidad que produjo el acto”.

Con este artículo se les garantizó empleo a los contadores en las entidades públicas –antes no lo tenían porque a los contadores no se les enseñaba la contabilidad presupuestal-, no solo para los que realicen la contabilidad presupuestal, sino también para los que elaboren los balances o contabilidad mercantil, y para los que de aquí en adelante ejerzan como revisores fiscales, porque a partir de la ley 43 de 1990 y de la Constitución Política de 1991, los sectores de la nación comenzaron a llevar dos contabilidades: la presupuestal y la mercantil, como se ordena hoy en la ley 675

-
- 1 El proyecto de ley 131 de 2008 busca que el cuerpo técnico, hoy Consejo Técnico de la Contaduría, sea un organismo adjunto a la Contaduría General de la Nación, afirma: “El Consejo Técnico de la Contaduría como el encargado de la orientación técnico-científica de la contaduría pública pasa de ser un apéndice de la Junta Central [de contadores] con presupuestos exiguos a una institución adscrita a la Contaduría General de la Nación, con el nombre de Consejo Nacional de Estándares Contables”.
 - 2 Ponencia para primer debate al proyecto de Ley 157 de 2009 Cámara. Con esta ponencia se pretende que el Contador General intervenga en la composición del sistema integrado de información financiera de la oficina de presupuesto del Ministerio de Hacienda; que la Nación tenga su propio sistema de información financiera; que los territorios cuenten con el sistema integrado de información financiera con clara supe-ditación al Contador General; que el Contador General intervenga en “la Información que debe publicar el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de la Información sobre las Finanzas Públicas que se puede solicitar, de los Límites al Acceso de la Información Fiscal (...)”. Por medio de ella se le pide al Congreso aprobar una partida presupuestal importante por lo que el Ministerio de Hacienda conceptuó que no había recursos presupuestales actuales ni futuros para ello y que las condiciones cambiantes de estas normas hacían inconstitucional la legislación sobre ellas y solo podía hacerse por decreto.

para la propiedad horizontal. Dice así el artículo 354 de la Constitución Política, que crea el nombramiento del Contador General de la Nación:

Artículo 354. Habrá un Contador General, funcionario de la rama ejecutiva, quien llevará la contabilidad general de la Nación y consolidará ésta con la de sus entidades descentralizadas territorialmente o por servicios, cualquiera que sea el orden al que pertenezcan, excepto la referente a la ejecución del Presupuesto, cuya competencia se atribuye a la Contraloría.

“Corresponden al Contador General las funciones de uniformar, centralizar y consolidar la contabilidad pública, elaborar el balance general y determinar las normas contables que deben regir en el país, conforme a la ley.

Este segundo inciso ordena elaborar el balance general al Contador General, tal como lo estipuló el decreto 2649: los balances son obligatorios a todas las personas naturales o jurídicas. Además, se pretendió y se pretende interpretar el segundo inciso de este artículo, sacado de su contexto general, para que el Contador General de la Nación uniforme, centralice y consolide la contabilidad pública porque aducen que toda la contabilidad es pública, tanto la de la nación como la de los particulares. Es decir, los contadores quieren desconocer que este artículo 354 está inmerso en el título XII, “del régimen económico y de la hacienda pública”. Al querer de ellos, el régimen de propiedad horizontal debe estar sometido a los criterios contables de la Contaduría General de la Nación. Los decretos y proyectos de ley, las demandas de inconstitucionalidad de algunas leyes³ tratando de defender esta descabellada idea, muestran sus falencias jurídicas, las que son de una gravedad preocupante.

3 Lo corrobora la Sentencia C-452/03. El demandante pretende que las superintendencias no promulguen normas contables –hecho que es de consenso internacional-, sino que los entes vigilados –tanto privados como del sector público- se sometan a las normas de regulación contable que corresponda al Contador General de la Nación. El demandante, malinterpretando el artículo 354 de la Constitución Política, y en representación del Contador General de la Nación, pretende que la Corte Constitucional se pronuncie sobre la inconstitucionalidad de los artículos 9º nl. 10 de la Ley 32 de 1979; 95 nls. 1 y 2 del Decreto 663 de 1993; 79.3 de la Ley 142 de 1994; 5º de la Ley 174 de 1994; 86 nl. 1 de la Ley 222 de 1995; 4º literales a), b), e), g), h) y l) (parciales) de la Ley 298 de 1996; 36 nl. 3 de la Ley 454 de 1998, y 38 de la Ley 510 de 1999”. Con esta demanda se pretende que la Contaduría General de la Nación invada toda la contabilidad del país, tanto la pública como la privada, uniformándola y sometiéndola a sus normas. La Corte se pronunció en el sentido de que el demandante no ubicaba el artículo 354 en el título correspondiente, cual es: título xii, del régimen económico y de la hacienda pública, capítulo 1 de las disposiciones generales” y, que por lo tanto, la competencia del Contador General se circunscribe a la contabilidad del sector público. Pero los contadores ya habían adaptado las normas contables para hacerlas coherentes con la contabilidad de la Nación y esta sentencia no conlleva el que se eche atrás toda la normatividad contable que había sido expedida para tales fines. Ya el daño estaba hecho y esto repercutió en la exigencia de los balances en la ley 675.

Pero volvamos a la ley 43 de 1990, advirtiendo que no entendemos por qué fue aprobada por el Congreso, como se desprende del texto de su artículo 73, el que es obvio que haya sido declarado inexecutable mediante sentencia C-530 de 2000:

El Gobierno Nacional procederá a dictar las normas a que haya lugar, con el único fin de evitar el desequilibrio entre el número de profesionales de la Contaduría y la demanda de servicios de tales profesiones dentro de los parámetros establecidos en la presente Ley. Para tal efecto intervendrá por mandato de la ley en los términos del ordinal 11 del artículo 76 de la Constitución Nacional, en todos los aspectos de formación profesional de la Contaduría Pública.

Esta cita nos permite inferir la intención de la ley 43 de 1990 y de sus complementos, el decreto 2649 y el artículo 354 de la Constitución Política: solucionar el problema de desempleo existente en los profesionales de la contaduría pública, lo que implicó que la propiedad horizontal, las otras entidades sin ánimo de lucro y los sectores de la nación, mediante sus balances, contrataran los servicios de contadores, lo que causó un grave perjuicio a las entidades sin ánimo de lucro, aunado al ingente gasto de la Contaduría de la Nación para elaborar unos balances superfluos. La cifras gastadas en entrenamiento a los funcionarios, en cartillas, en nómina, en congresos internacionales, es inconmensurable, innecesario, inconveniente e inútil. Sus balances no son tenidos en cuenta en políticas económicas ni en ningún otro indicador de la economía o de la corrupción del país. Es enorme su costo y es nulo su beneficio. Con llevar la nación debidamente su necesaria y útil contabilidad presupuestal, es suficiente. La nación tiene todo un andamiaje normativo sobre su contabilidad presupuestal, en cambio, las propiedades horizontales carecen de normas al respecto, especialmente a partir de la expedición de la ley 675, porque el decreto 1365, derogado por esta ley, sí tenía un amago de explicación de la contabilidad presupuestal.

Al igual que la nación, las propiedades horizontales también gastan recursos importantes en llevar la contabilidad sujetándose al decreto 2649, sin ningún beneficio.

Aunque la ley 675 de 2001 ordena elaborar la contabilidad presupuestal al mandar la elaboración y aprobación del presupuesto de ingresos y de gastos, exige simultáneamente la elaboración del balance general y del balance de prueba. Con esta contabilidad dual da cumplimiento al decreto 2649, que a la letra dice:

Art. 24. Estados financieros de propósito especial. (...)

(...) los estados financieros preparados sobre una base comprensiva de contabilidad distinta de los principios de contabilidad generalmente aceptados.

La preparación de estos estados no libera al ente de emitir estados financieros de propósito general.”

Art. 31. Estados preparados sobre una base comprensiva de contabilidad distinta de los principios de contabilidad generalmente aceptados.

Con sujeción a las normas legales, para satisfacer necesidades específicas de ciertos usuarios, las autoridades pueden ordenar o los particulares pueden convenir, para su uso exclusivo, la elaboración y presentación de estados financieros preparados sobre una base comprensiva de contabilidad distinta de los principios de contabilidad generalmente aceptados.

Son ejemplos de otras bases comprensivas de contabilidad, (...) la contabilidad sobre la base de efectivo recibido y desembolsado (...)

Estos artículos hacen referencia a la contabilidad presupuestal. No entendemos por qué se omita en el decreto 2649 el término “contabilidad presupuestal”. Es posible que la hayan omitido deliberadamente, porque en las facultades de contaduría se enseña que la contabilidad presupuestal no es contabilidad, y es claro, porque si reconocieran la contabilidad presupuestal como válida y suficiente para ciertos entes, no los obligarían a hacer los balances, a hacer dos contabilidades. Asimila el decreto 2649 a la contabilidad presupuestal con los estados financieros de propósito especial, los estados financieros preparados sobre una base comprensiva de contabilidad distinta de los principios de contabilidad generalmente aceptados, y la contabilidad sobre la base de efectivo recibido y desembolsado. En conclusión, el decreto 2649 lo que dice es que si se hace la contabilidad presupuestal, de todas maneras hay que hacer la contabilidad mercantil basada en los balances, y así permite la contabilidad presupuestal pero con la condición de elaborar también balances, afirmación que causa un grave perjuicio a la nación y a las entidades sin ánimo de lucro, entre las que se encuentran las propiedades sometidas a la ley 675.

Ya explicamos la razón de ser de este mandato: crear fuentes de empleo a los contadores, porque los balances de las propiedades horizontales no son comparados, no sirven para determinar las cuotas de administración, no sirven para la fijación de los impuestos y presentan un patrimonio incoherente, inútil e irreal, desde el punto de vista jurídico y contable.

Cómo debieron conseguir los contadores que la ley 675 ordenara los balances y el revisor fiscal en los conjuntos de uso comercial o mixto.

Es común que los contadores intervengan en el Congreso para garantizar el cumplimiento del decreto 2649 en las leyes que ordenan la contabilidad, no importa que sean leyes especiales superiores a los decretos; incluso, aducen en sus intervenciones

ante la Corte Constitucional,⁴ que todo tipo de entes deben contar con revisor fiscal. No desean recordar que el revisor fiscal es el garante de que se cumplan las normas tributarias en los balances, y que este es el origen de la creación de esta figura.

Es posible que en la redacción de la ley 675 hayan intervenido las organizaciones contables que funcionan con recursos presupuestales. Con la orden de elaborar balances en esta ley, ya está implícito el nombramiento del contador y del revisor fiscal, porque los administradores que no son contadores, no saben elaborar balances, y los revisores fiscales no pueden certificar y dictaminar un balance que no haya sido elaborado por un contador.

Cuando los contadores quieren que se expida una ley, buscan en los legisladores el apoyo y la propuesta posterior al Congreso, y algunas de ellas salen a la luz pública al querer de los contadores aunque contrarias a la economía, a los conceptos jurídicos y al manejo eficiente de los recursos públicos⁵, (cfr. ley 43 de 1990).

Con la exigencia de los balances para todo tipo de entes, dieron al traste con el debido mantenimiento y funcionamiento de la propiedad horizontal, y abrieron la brecha para el despilfarro de sus recursos por la falta de un control efectivo sobre ellos, tanto en la propiedad horizontal como en los sectores de la nación, porque con el control posterior, se dio cabida a ordenar el revisor fiscal en los conjuntos comerciales y mixtos y en los sectores de la nación.

La Constitución Política acabó con el control previo, y lo cambió por control posterior, lo que disparó la corrupción en el país, porque dio lugar a la contratación sin los requisitos legales. Es mucho más efectivo el control previo que el posterior; con este no se recupera ni el 2% del dinero usurpado a la nación. No, de acuerdo con este régimen especial de propiedad, los balances y el revisor fiscal no son pertinentes, es pertinente la contabilidad presupuestal y el control previo del gasto por parte de los copropietarios en las propiedades horizontales. Las dudas sobre el control posterior están hoy en el tintero, pero no han cogido la fuerza suficiente ni se ha cuestionado en toda su dimensión y en todas sus consecuencias.

Generalmente las normas contables no son objeto de legislación por parte del Congreso, ya que son normas mutantes y solo deben pasar por el Congreso las que comprometan recursos del presupuesto de la nación. Los decretos los firma

4 Lo confirma la intervención de la Junta Central de Contadores transcrita en la sentencia C-738 de 2002.

5 Un ejemplo de ello es la inexacta y confusa redacción de la ley 298 de 1996, complementaria del artículo 354 de la Constitución Política, la que dio pie para que la Contaduría General de la Nación pretendiera asumir la dirección de toda la contabilidad del país, lo que se aúna a la costumbre de los contadores de sacar del contexto general las distintas afirmaciones de la Constitución y de las leyes.

el Presidente de la República, previamente escritos por los contadores, por lo que se firman decretos por lo menos inconvenientes, como es el decreto 2649 al que obligaron someterse a la propiedad horizontal, como acabamos de explicarlo.

Inutilidad de los balances en la propiedad horizontal.

La ley 675 ordena elaborar la contabilidad mercantil al prescribir el balance general de las cuentas del ejercicio anterior, los balances de prueba y su respetiva ejecución presupuestal, (cfr. art. 51, numeral 4).

-Balance general. Los balances en la propiedad horizontal, en las entidades sin ánimo de lucro, en los sectores de la nación y las unidades territoriales, no son útiles, pertinentes ni veraces y causan grave perjuicio a estos entes. Los balances de la Nación fueron descertificados los primeros años, y recientemente se han certificado con salvedades porque presentan errores de muchos billones de pesos. Un balance en estas condiciones no es veraz y, por lo tanto, es inútil.

Para hacer posible el balance de la nación, además de los contenidos normativos ya enunciados, cabe referirse a las notas a los estados financieros.

El decreto 2160 de 1986, al que ya nos referimos, decía en su artículo 84 que uno de los estados financieros básicos era “e) Las notas a los estados financieros”. Y como estados financieros, debían ser elaborados por los contadores. Pero es el caso que el decreto 2649 modificó al decreto 2160 y estableció en su artículo 114: “Notas a los estados financieros. Las notas, como presentación de las prácticas contables y revelación de la empresa, son parte integral de todos y cada uno de los estados financieros. Las mismas deben prepararse por los administradores, (...)”.

Con esta afirmación se dio al traste con las notas a los estados financieros, sin las cuales es imposible entender un balance, y también se eximió a los contadores de la explicación a los balances por medio de su notas, es más, ya los balances no son su responsabilidad sino responsabilidad de los administradores (cfr. art. 51, numeral 5, ley 675); sin embargo, los contadores siguen colocando las notas al balance y son recurrentes en copiar en ellas la misma información que contiene el balance, con lo que el balance queda incomprensible. Además, tenían que anular el estado financiero básico de las notas al balance, porque es inabarcable colocar en detalle las notas al balance general de la nación; es una tarea tan colosal que es imposible abarcarla. Así se hizo imposible de analizar y de comprender el balance de la nación y el balance de la propiedad horizontal.

Sigamos explicando por qué la ley 675 ordena elaborar el balance, y lo hace como orden de elaborar un solo balance, sin importar si la propiedad horizontal tiene

o no módulos y sectores, los que, de acuerdo al artículo 31 de la ley, solo deben sufragar las erogaciones inherentes a su destinación específica. Recordemos que cada uno de los sectores de la nación tiene presupuesto y ejecución independiente; esto debe trasladarse a la propiedad horizontal y así lo debe estipular la ley de propiedad horizontal.

Para poder cumplir con el artículo 31, “sectores y módulos de contribución”, la ley 675 debió ordenar -si los balances fueran útiles, pertinentes y ciertos-, tantos balances como sectores y módulos de contribución tenga la copropiedad, más el balance general o de los coeficientes de participación. Esta es la única manera de acatar que los sectores y módulos “solo podrán sufragar las erogaciones inherentes a su destinación específica” (cfr. tercer inciso del artículo 31 de la ley 675). Si no se conocen los déficits y superávits por sectores, no puede acatarse la ley 675, y, con un solo balance, es imposible obtener este dato porque trae un solo déficit o un solo superávit o ambos. Con un solo balance tampoco se puede saber qué cartera morosa existe por sector y módulo, para que sean estos copropietarios los que la cubran, en cuanto hagan referencia a los bienes y servicios sectorizados y modulados. Con un solo balance, no se pueden derramar las cuotas de administración acordes con la ley y el reglamento. Con este balance, sujeto al decreto 2649, cada uno de los sectores de la propiedad horizontal aporta hasta varios millones en defecto o en exceso en un año, y estas cifras no se ajustan en el balance ni en las cuotas de administración del siguiente año, porque se hace un solo balance y un solo presupuesto acatando la ley 675.

Aunque la ley 675 dice que “los recursos de cada sector de contribución se precisarán dentro del presupuesto anual del edificio o conjunto (...)” (cfr. art. 31), este mandato no se acata porque la ley no explica cómo hacerlo y no hay norma asimilable que lo contemple, ni siquiera la atinente a los sectores de la nación. Un solo balance, y un solo presupuesto que contenga los recursos de cada sector de contribución, no son conciliables, porque el balance no considera ni puede considerar los sectores, porque iría en contravía de los mandatos del decreto 2649 y de la ley 675, que solo autorizan un solo balance. Además, como ya explicamos, las notas a los balances se convirtieron, gracias al decreto 2649, en algo nimio e insignificante, ellas no discriminan las partidas por sectores y módulos, como debe hacerse. La contabilidad en la ley 675 es un manajo de mandatos incomprensibles y, por lo tanto, inaplicados.

Se hace un solo balance porque el decreto 2649 dice: “Art. 23. Estados financieros consolidados. Son estados financieros (...) [los] de un ente matriz y sus subordinados, o un ente dominante y los dominados, como si fuesen los de una sola empresa.”

Así se cumple con el decreto 2649, aunque no sea posible acatar la ley 675. No se da lugar en la propiedad horizontal sectorizada a los “Estados financieros consolidados”, no tiene sentido, porque hay distintos sectores y módulos de contribución.

Los contadores colombianos tienen como principal preocupación la unificación de la información contable, hecho absurdo porque no todos los entes que llevan contabilidad, son iguales. Y, uniformar lo distinto no conduce a datos fidedignos ni útiles. Pero no conocemos documento de un contable que exprese la preocupación de que los balances, aun cuando son pertinentes, útiles y necesarios, no son ciertos.

En todos los balances se coloca la cartera por cobrar, sin importar si prescribió, si su cobro es casi imposible de lograr, porque esta no es función de los contadores, dicen ellos. También se colocan en cuentas por pagar obligaciones que jamás tendrán que ser pagadas, bien sea porque el tiempo y las circunstancias hagan imposible aclararlas, o porque ya han prescrito, o por las dos razones. También se coloca, sin responsabilidad alguna, el valor de propiedad, planta y equipo. En este ítem se colocan como vigentes elementos chatarrizados u obsoletos, o se deprecian totalmente bienes que tienen una vida útil. En la propiedad horizontal se dan todos estos casos, aunados al disímil criterio de los contadores: unos colocan en el balance el terreno, otros, incluso, lo valorizan; unos colocan los ascensores, otros no; todos deprecian estos bienes afectando el patrimonio, a pesar de que el Consejo Técnico de la Contaduría Pública dice que las depreciaciones no deben afectar el resultado del balance. Con todos estos elementos, llegamos a un patrimonio reflejado por el balance muy, pero muy contrario a la realidad. La verdad es que los balances no son ciertos en la propiedad horizontal, en los sectores de la nación ni en las empresas.

Entonces, los balances en las propiedades horizontales no son útiles ni necesarios, no permiten acatar la ley 675 y además, no son ciertos. El balance no es la ejecución presupuestal y no puede ser comparado con el presupuesto.

Para lo que sirve el balance es para ocultar el -por lo general-, injusto e ilegal cobro en las cuotas de administración y para que los copropietarios no capten en toda su dimensión que los presupuestos aprobados por la asamblea no fueron respetados por el administrador o por el consejo, o por ambos. Por estas razones, no conocemos asamblea en la que se debatan con seriedad todas las partidas que conformarán las cuentas de cobro de la administración a los propietarios, es más, lo común es que la asamblea no apruebe las cuotas con pleno conocimiento de sus componentes. Además, no conocemos asamblea de una copropiedad en la que se debatan los balances; todos se aprueban porque no se comprenden ni interesa el crecimiento o decrecimiento de un patrimonio contable.

-Balance de prueba.

La ley 675 también ordena elaborar el balance de prueba. Este término no lo encontramos en los decretos que regularon los principios de contabilidad generalmente

aceptados en Colombia, ni en el decreto 2649. Sin embargo, el balance de prueba es común entre los contadores; se estila como un balance más detallado, más informativo, y toma algunos elementos, no todos los elementos del balance general. El administrador debe someter a aprobación del consejo de administración el balance de prueba (cfr. art. 51, numeral 4). Es de aclarar que no es usual que a los consejos se les suministre el balance de prueba para su discusión y aprobación, porque dicen muy poco, por lo general son mal elaborados, y, con un solo balance, su aplicación contable no se concreta. Tampoco se presenta a la asamblea general el balance de prueba para su aprobación o improbación, aunque la ley 675 dice que la asamblea debe aprobar los estados financieros (cfr. art. 38, numeral 3), y el balance de prueba parece ser un estado financiero de propósito especial. Como puede verse, la ley 675 tampoco se cumple en este aspecto y los balances de prueba no suplen las deficiencias provenientes de un solo balance general, con un solo déficit y un superávit.

Si lo que pretendió el legislador al ordenar el balance de prueba, fue suplir los inconvenientes de un balance general, debió explicarlo y ordenar el modo de elaborar este estado financiero, pero no lo hizo.

El balance de prueba puede constar en el decreto 2649, así: “Art. 24. Estados financieros de propósito especial. (...) Se caracterizan por tener una circulación o uso limitado y por suministrar un mayor detalle de algunas partidas u operaciones.” El legislador pudo tener en mente este artículo, cuando ordenó el balance de prueba.

La ley no lo ordena, pero algunas copropiedades plasman los sectores y módulos en un centro de costos. Al centro de costos se refiere el decreto 2649, así: “Artículo 24. Estados financieros de propósito especial. (...) los estados de costos (...)”. Esta contabilidad tampoco suple las deficiencias de la ley 675, porque es corriente que el contador la lleve sin sujeción a las decisiones de la asamblea, contraria al presupuesto y al reglamento y no la haga conocer del consejo de administración y de la asamblea. Es imposible que el contador lleve correctamente el centro de costos, cuando la asamblea no aprueba los presupuestos de cada sector y módulo –téngase en cuenta que cada sector y módulo puede a su vez estar fraccionado por grupos de copropietarios con contribuciones inherentes a algunos bienes y servicios sectorizados.

El balance de prueba y el centro de costos son documentos elaborados por el contador a su arbitrio, que incrementan los honorarios a pagar por la contabilidad, sin provecho alguno y sin concordancia con los balances, con la ley, el reglamento y con las cuotas de administración.

La ley 675 ordena llevar la contabilidad presupuestal.

Aunque no lo expresa con este término, al ordenar la elaboración de los presupuestos de ingresos y de gastos, correspondientes al nuevo ejercicio anual, para cada vigencia, y su aprobación por parte del consejo de administración y de la asamblea general, está exigiendo la elaboración de la contabilidad presupuestal; en la propiedad horizontal es pertinente la contabilidad presupuestal mas no la contabilidad mercantil.

La contabilidad presupuestal es el manejo contable de los presupuestos que son de obligatorio acatamiento. Son ellos: los aprobados por una ley de presupuesto expedida por el Congreso, los presupuestos aprobados por los concejos y asambleas departamentales, y los presupuestos de las entidades sin ánimo de lucro, aprobados por la asamblea.

En conclusión, la ley 675 ordena llevar dos contabilidades, la mercantil y la presupuestal, como ocurre hoy en los sectores de la nación (cfr. art. 354 de la Constitución Política de 1991).

La contabilidad presupuestal ordenada en los reglamentos.

En lo que sí se expandían los reglamentos, hoy pocos lo hacen, era en el mandato de algunos elementos de la contabilidad presupuestal. Mandatos útiles y necesarios pero que no se cumplían ni se cumplen, porque los contadores dicen estar solo sujetos al decreto 2649, y no es normal que conozcan el régimen de propiedad horizontal y los reglamentos. Si el reglamento riñe con el decreto 2649 no lo pueden acatar porque serían sancionados. Los reglamentos ni la ley 675 explican con detalle cómo se lleva la contabilidad presupuestal; tampoco remiten a las normas que explican la contabilidad presupuestal de la nación, como debió hacerse, porque es el único marco normativo que explica la contabilidad presupuestal en nuestro país.

A continuación citamos apartes de reglamentos en los que se ordena la contabilidad presupuestal, y comparamos sus mandatos con el presupuesto de los comerciantes:

- a. “Son funciones del revisor fiscal: prescribir el sistema de contabilidad que debe llevarse”. Esto lo decían los reglamentos anteriores a 1993 porque no existían, y hasta hoy, no existen, principios de contabilidad generalmente aceptados para las entidades sin ánimo de lucro, y menos, para la propiedad horizontal. Tampoco una ley de propiedad horizontal había explicado cómo deben llevar la contabilidad las propiedades horizontales. Entonces, se dejaba en manos del

revisor fiscal prescribir el sistema de contabilidad, mas, como los contadores no saben otra contabilidad distinta a la mercantil, y creen que todos los entes están sometidos al Código de Comercio, prescriben la contabilidad mercantil a la propiedad horizontal.

- b. “Se elaborará un presupuesto de ingresos y gastos, calculando el valor probable de las expensas ordinarias que se hayan de causar en el año siguiente, teniendo en cuenta el déficit y superávit del ejercicio anterior, si existiere y los aprovechamientos de cualquier índole”. En el presupuesto mercantil, el que es opcional y no obligatorio, no se incluyen los déficits y superávits del año anterior, porque déficit y superávit pueden afectar el fondo de reserva o también puede distribuirse parte del superávit entre los socios; por lo tanto, este contenido corresponde exclusivamente a la contabilidad presupuestal.
- c. La diferencia entre las sumas de las partidas mencionadas como ingresos, y el monto de los gastos, se dividirá entre los propietarios en proporción a los coeficientes de copropiedad y a los módulos de contribución. Hace referencia este mandato a la liquidación del déficit y el superávit cada año, tanto para los coeficientes de copropiedad como para los módulos o sectores, lo que no puede efectuarse si no se hacen presupuestos independientes para cada uno de los grupos de copropietarios contribuyentes con cuotas de administración. Si hay déficit, este dará lugar a una cuota de administración adicional; si hay superávit, se puede repartir entre los copropietarios, para aliviar sus cuotas de administración. Entre los comerciantes no se reparte todo el superávit, porque parte de él debe incrementar el fondo de reserva y el déficit no implica una factura de cobro a los socios. Este mandato reglamentario correspondía exclusivamente a la contabilidad presupuestal.
- d. Déficit presupuestal: “Cuando las sumas presupuestadas resultaren insuficientes o no ingresaren efectivamente por cualquier causa a los fondos de la copropiedad, la Junta de Administración convocará inmediatamente a una asamblea extraordinaria de copropietarios, y demandará los reajustes del caso en la liquidación de cada propietario”. Significa que el déficit debe liquidarse en cualquier momento mediante la citación a la asamblea para que apruebe las cuotas de administración adicionales, lo que no se aplica en el comercio. Significa también que la cartera morosa debe ser cubierta por los copropietarios que pagan las cuotas de administración. Este contenido no es aplicable a los comerciantes.

Los literales b, c y d son maneras distintas de explicar que el déficit y el superávit se liquida y no puede acumularse, porque la propiedad horizontal no gana ni pierde.

- e. “La asamblea en su primera reunión anual aprobará preferencialmente este presupuesto”. Las asambleas de los entes mercantiles no conocen, discuten, aprueban o imprueban el presupuesto, porque este es una herramienta de gestión administrativa. Los comerciantes aprueban los balances y la distribución de utilidades a los socios.
- f. “El presupuesto aprobado tendrá vigencia a partir del 1º de junio siguiente a la reunión ordinaria de la asamblea, y hasta el 31 de mayo del año inmediatamente anterior.” O a partir del 1º de abril, y hasta el 31 de marzo, de acuerdo con la fecha de reunión de la asamblea. Esto significa que se diferencia entre período presupuestal y vigencia presupuestal, lo que no es válido para el presupuesto de las empresas.
- g. “Copia de este presupuesto será entregado a cada uno de los copropietarios, por lo menos diez (10) días antes de la fecha en que se ha de reunir la asamblea de copropietarios en sesión ordinaria.” El presupuesto comercial no se hace conocer de los socios o accionistas, porque no tiene el principio de publicidad que se aplica a los entes que deben llevar la contabilidad presupuestal y porque, para ellos, es solo una herramienta de gestión, lo que significa que no es de obligatorio acatamiento.
- h. “El presupuesto así aprobado se entregará a la administración, y los copropietarios quedan obligados a cubrir lo que a cada uno de ellos corresponda en la liquidación, lo cual pagarán por cuotas mensuales anticipadas o por los períodos que para cada ejercicio anual fije la asamblea”. El presupuesto de la copropiedades da lugar a unas expensas a cargo de los copropietarios individuales; el presupuesto de las sociedades no genera obligación alguna para los socios.
- i. “Si transcurriere el mes de (...) sin que la Asamblea de copropietarios se haya reunido y haya aprobado el presupuesto de que se trata, y hasta tanto la asamblea decida lo pertinente, tal presupuesto tendrá vigencia provisional”. Ninguna de estas afirmaciones es válida para los comerciantes; su asamblea no conoce ni aprueba el presupuesto, el que tampoco es de obligatorio acatamiento por parte de las administración del ente comercial.

Dónde ordena la ley 675 la contabilidad presupuestal.

La ley 675 ordena la contabilidad presupuestal en los siguientes artículos:

- a. Artículo 38, naturaleza y funciones de la asamblea:

(...)

“2. Aprobar o improbar (...) el presupuesto anual de ingresos y gastos.
(...)”

4. Aprobar el presupuesto anual del edificio o conjunto (...).”

b. “Artículo 51. Funciones del administrador”:

“1. Convocar a la asamblea a reuniones ordinarias o extraordinarias y someter a su aprobación el inventario (...) y un presupuesto detallado de gastos e ingresos correspondientes al nuevo ejercicio anual (...)”. Las asambleas de accionistas aprueban los balances, mas las empresas no divulgan sus inventarios físicos porque su divulgación puede afectar el secreto de sus negocios.⁶ En cambio, la propiedad horizontal, al realizar la ejecución presupuestal, deben adicionarla con el inventario físico. Los inventarios físicos son públicos en las copropiedades y privados en las empresas; conforman el inventario físico los bienes que no se consumen con su uso y cuya vida útil excede de un año.

(...)

”3 Poner en conocimiento de los propietarios y residentes del edificio o conjunto, las actas de la asamblea general y del consejo de administración, si lo hubiere”. Por medio de este numeral se deben hacer conocer de los propietarios las deliberaciones y decisiones de la asamblea y del consejo, si existe. Así se da cumplimiento a uno de los principios presupuestales inherentes al presupuesto general de la nación, cual es el de la publicidad, como se ordena para el presupuesto público: “La programación, aprobación, modificación y ejecución, seguimiento y evaluación así como los informes periódicos y finales del ciclo presupuestal, son de conocimiento público”, cfr. Decreto 4730 de 2005.

No conocemos propiedad horizontal que ponga en conocimiento de propietarios y residentes las actas del consejo y no hay ente de vigilancia y control que lo exija. Las actas de los consejos de administración o juntas directivas de las empresas, no son públicas.

“4. Preparar y someter a consideración del Consejo de Administración (...) el presupuesto de ingresos y gastos para cada vigencia (...)”. No existe normatividad atinente a las juntas directivas ni a las asambleas de las empresas, que exprese como su función la de aprobar los presupuestos de ingresos y de de gastos, en cambio, la ley 675 sí lo ordena para el consejo de administración y para la asamblea de la copropiedad; tampoco hay norma que obligue a los comerciantes la preparación

6 Comentarios de Hildebrando Leal Pérez al artículo 52 del Código de Comercio. Decimotercera edición, Grupo Editorial Leyer, 1998.

de los presupuestos. El presupuesto no se considera en el Código de Comercio, porque es un documento interno de los comerciantes, los que pueden prescindir de ellos, en cambio, los entes que manejan recursos ajenos tienen como obligación la elaboración, aprobación y el cumplimiento estricto a los presupuestos, entre otras razones, para que sean garantía de que su patrimonio sea conservado.

Definición de presupuesto

Tras explicar las diferencias entre el presupuesto en los entes que tienen ánimo de lucro, ganancias, renta y patrimonio independiente y el presupuesto para quienes no tienen lucro, no ganan y no tienen patrimonio independiente, deben darle obligatorio cumplimiento y constituye el manejo contable correcto de los recursos puestos a su disposición, traemos a colación algunas definiciones de presupuesto que aparecen en páginas de la Internet:

- a. “El presupuesto es una proyección hacia el futuro y como tal puede ser afectado por situaciones imprevistas. En este orden de ideas, el presupuesto debe considerarse como una herramienta de gestión que la ley 675 del 2001 ha previsto para tal fin y su ejecución debe guardar relación directa con los registros y formalidades de la contabilidad”. Esto lo afirma el Consejo Técnico de la Contaduría Pública en la orientación profesional de julio de 2008, para las propiedades horizontales y las unidades inmobiliarias cerradas. Esta es la errada creencia reinante entre los contadores.
- b. “Presupuesto Público. Es un plan contable elaborado por el Gobierno Nacional en el que se estiman los ingresos y gastos en función de los lineamientos de política de mediano y largo plazo.”⁷ Aunque se dice que se va a definir el Presupuesto Público, en realidad el texto corresponde al presupuesto como herramienta de gestión de los comerciantes, no obligados a acatar los presupuestos, porque los presupuestos del gobierno son aprobados mediante una ley de obligatorio cumplimiento.
 - c. Se le llama presupuesto al cálculo anticipado de los ingresos y gastos de una actividad económica (personal, familiar, un negocio, una empresa, una oficina, un gobierno) durante un período, por lo general en forma anual [□] (...). El presupuesto es el instrumento de desarrollo anual de las empresas o instituciones cuyos planes y programas se formulan por término de un año.

7 Consultado en: <http://www.bcv.org.ve/c1/abceconomico.asp> (acceso: sept. 2 de 2011)

Elaborar un presupuesto permite a las empresas, los gobiernos, las organizaciones privadas o las familias establecer prioridades y evaluar la consecución de sus objetivos. Para alcanzar estos fines, puede ser necesario incurrir en déficit (que los gastos superen a los ingresos) o, por el contrario, puede ser posible ahorrar, en cuyo caso el presupuesto presentará un superávit (los ingresos superan a los gastos).⁸

Esta definición corresponde a la que se enseña en las facultades de contaduría y a la que pregonan los contadores, incluyendo la Contaduría General de la Nación. Desconoce la diferencia jurídica y económica entre los sectores públicos, los comerciantes y las familias; no comprende las características propias de cada entidad; no considera la validez de la contabilidad presupuestal, que muestra la ejecución y el cumplimiento obligatorio al presupuesto, bien sea aprobado por el Congreso, el consejo municipal, la asamblea departamental, o por una asamblea general.

Gracias a esta confusión de los contadores, a la propiedad horizontal se le exige el balance general y el balance de prueba. No obstante, en contraposición a las ideas contables, para la ley 675 el presupuesto no es una herramienta, sino un documento de obligatoria aprobación y ejecución.

Es claro que para los contadores no hay diferencia entre el manejo de recursos propios y de recursos ajenos, entre los comerciantes y los entes de naturaleza civil, entre las empresas y las entidades sin ánimo de lucro, entre las administraciones que tienen que dar estricto cumplimiento a los presupuestos y las que no lo tienen, no reconocen a la contabilidad presupuestal como válida y se limitan a pretender uniformar a todos los entes económicos por medio de balances iguales: es el camino menos tortuoso, el que menos esfuerzo implica y el más lucrativo.

Definición de patrimonio

Como el resultado del balance indica el valor del patrimonio de la empresa, pasaremos a explicar algunas definiciones del concepto patrimonio:

- a. Definición jurídica: “El patrimonio está conformado, entonces, como universalidad jurídica que es, por derechos y obligaciones de contenido pecuniario: activos y pasivos. Por eso se dice que toda persona tiene un patrimonio y es con este que responde por sus obligaciones”.⁹ Este es el concepto que se aplica

8 Consultado en: es.wikipedia.org/wiki/Presupuesto. (acceso: sept. 2 de 2011)

9 Clara Inés Escobar, Revista Estudios de Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, diciembre de 2009, volumen LXVI, No. 148. Consultado en: revinut.udea.edu.co/index.php/

- a las personas naturales y jurídicas y el que excepcionalmente no se aplica en la propiedad horizontal y en los sectores de la nación.
- b. Definición económica: “el patrimonio lo constituyen los bienes de los que puede disfrutar una persona. Se asocia al término de riqueza”. Es pertinente para las empresas y para las personas, no para quienes administran bienes ajenos.
 - c. Definición contable: hasta expedirse el decreto 2649 de 1993, el patrimonio contable estaba constituido por el resultado del balance producto de la relación entre activos y pasivos, en las empresas que poseían un patrimonio. A partir de 1993, por medio del decreto 2649, se hace extensivo a todas las personas que lleven contabilidad o que la pretendan hacer valer como prueba. Así se aplican las normas mercantiles a las empresas y a quienes administran un patrimonio ajeno, como es la propiedad horizontal, las otras entidades sin ánimo de lucro y los sectores de la nación.

En el concepto 01 del Consejo Técnico de la Contaduría Pública, de febrero 9 de 1995, se dice que: “en Colombia la contabilidad se maneja con un enfoque patrimonialista, el cual se caracteriza porque el concepto de activo se asocia a propiedad, a diferencia del enfoque operacional en el cual el activo se asocia al concepto de uso para la realización de operaciones”. Este enfoque operacional ya se había plasmado en el decreto 2649 de 1993 y parece que el Consejo Técnico no lo había entendido todavía; es el que acogió la Contaduría General de la Nación y recogió la ley 675 de 2001: aunque la propiedad horizontal no tienen patrimonio propio, maneja un patrimonio, y, por esto, debe hacer balances. No importa que los balances no sean útiles ni fidedignos para los sectores de la nación y para la propiedad horizontal; que solo impliquen desembolso de dinero y empleo a los contadores, que propicien el despilfarro de los recursos, lo importante es que acaten las normas contables expedidas por contadores o auspiciadas por ellos.

- d. Definición de activos, como parte constitutiva del patrimonio: “son recursos tangibles e intangibles de la entidad contable pública obtenidos como consecuencia de hechos pasados, y de los cuales se espera que fluya un potencial de servicios o beneficios económicos futuros, a la entidad contable pública en desarrollo de sus funciones de cometido estatal. (...) También constituyen activos los bienes públicos que están bajo la responsabilidad de las entidades contables públicas pertenecientes al gobierno general”. Esta es la definición de activos que da la Contaduría General de la Nación¹⁰ y se desprende de la nueva

red/article/viewPDFInterstitial/5211/4547 (acceso: septiembre 2 de 2011)

10 Contaduría General de la Nación: Textos de contabilidad pública, Armonización a estándares internacionales de contabilidad pública: la experiencia de la Contaduría General de la Nación.

redacción de los principios de contabilidad generalmente aceptados, o decreto 2649. Aunque su definición se encamina a la contabilidad del sector público, su lenguaje se dirige a todo a tipo de entes, tanto del sector privado como del sector público. Es por esto que a la propiedad horizontal el Consejo Técnico de la Contaduría le asigna activos, pasivos y patrimonio, y, por lo tanto, balances. Así mismo la Contaduría General redefine también patrimonio, propiedad, planta y equipo y depreciación, es decir, todos los elementos de los balances. Estos conceptos legalizan los balances de la nación, pero aplicarlos a la propiedad horizontal, contradicen la propiedad creada por la ley 675, la economía, la historia y el derecho. No deben los contadores situarse por encima de las otras disciplinas, ni proclamarse un mundo aparte e independiente.

Definición de balances.

Veamos la definición de balance que aparece en la web:

- a. “El estado de situación patrimonial, también llamado balance general o balance de situación, es un informe financiero que refleja la situación del patrimonio de una entidad en un momento determinado”.¹¹ Esta definición se aplica a la entidad, concepto que la Contaduría General lo hace aplicable a todos los entes, sean privados o públicos, empresas o entidades sin ánimo de lucro.
- b. “Estado contable que muestra el total de activos, el total de pasivos y el patrimonio de una empresa en un momento del tiempo”.¹² Esta definición es la correcta y la que figura en los principios de contabilidad de casi todos los países, porque remite a la empresa.
- c. *Definición de balance* en Cambridge Diccionario en línea: “(...) una declaración que muestra el valor de los activos de una empresa.”¹³

Como puede verse, la primera definición asocia el balance a una entidad, y las otras dos a empresas. La Contaduría General de la Nación ordena los balances para los sectores de Nación y para todos los entes que manejan recursos del presupuesto general de la Nación, porque se acoge a una tendencia internacional que proclama a los balances como único documento válido, el que debe ser llevado por el sistema de partida doble. Este no es el único modo de llevar una contabilidad, y así opinan

11 Consultado en: es.wikipedia.org/wiki/Balance_contable (acceso, 10 de agosto de 2011)

12 Consultado en: https://www.bves.com.sv/glosario/g_b.htm (acceso: julio 5 de 2011)

13 Consultado en: dictionary.cambridge.org/dictionary/british/balance-sheet (acceso mayo 30 de 2011)

otras tendencias internacionales. El sistema de caja inherente a la contabilidad presupuestal es tan válido como el sistema por partida doble. La Contaduría General de la Nación publicó el documento “Normas internacionales de contabilidad para el sector público”, por sus siglas en inglés NICSP; en él explica cómo se acoge a estas normas y dice que “con la implementación de esta normas para el sector público, se busca mejorar la calidad de la información, y armonizar la presentación de la información a nivel mundial”. Publicó este documento a pesar de que había sido revaluado por el Ministerio de Hacienda. Así lo dicen en la página 21: “Aunque la iniciativa fue revaluada por el Ministerio de Hacienda, por lo menos por la forma como estaba siendo planteada, es importante referir los principales elementos de esta iniciativa, la cual se constituyó en un primer precedente en materia de la aplicación de normas internacionales de contabilidad para Colombia. No hay pronunciamiento de la Corte Constitucional ni opinión del Ministerio de Hacienda que impidan que la Contaduría General de la Nación siga adelante en su intención de invadir toda la contabilidad del país, con el argumento de que la contabilidad es una sola.

Para hacer válidos los balances en los sectores de la nación se modificaron los principios de contabilidad generalmente aceptados, se dice que el Estado es una empresa y los ciudadanos son los socios, se habla de “cuentas claras, Estado transparente”, que el balance es garantía del manejo eficiente de los recursos, que la contabilidad del país es una sola, que el Contador General puede intervenir en las normas contables del país, que el presupuesto es una herramienta de gestión, etc. El problema grave no es el derroche de unos recursos, sino que tras los balances se suprimió el control previo ejercido por las contralorías y se incrementó el nombramiento de los revisores fiscales, los que no son garantía del control de los recursos y se incrementó la corrupción en el país.

El caos contable en Colombia es preocupante porque dista mucho de las normas contables a nivel internacional, y se aparta de las teorías económica y jurídica del patrimonio. Además, las leyes y los decretos que escriben los contadores, y luego son aprobados por el Congreso o por el Presidente de la República, son incoherentes y contradictorios. Los contadores generalmente no saben de leyes y deberían saber cómo redactarlas e interpretarlas.

Conclusiones:

Hacer dos tipos de contabilidad, la mercantil y la presupuestal, en las que se sistematiza el manejo de unos recursos, no tiene sentido. Estas exigencias desconocen el contexto general de la ley 675 aunque son fuente de empleo para los contadores

públicos y son acordes con la injerencia del Contador General de la Nación en la contabilidad pública, a pesar de que corresponda a personas sin patrimonio, no contribuyentes de impuestos. El perjuicio que se le causa a la nación en desmedro del manejo eficiente de los recursos es enorme y en igual medida se ve afectada la propiedad horizontal. Se gastan enormes recursos en estados financieros que no tienen ninguna utilidad, fomentan la corrupción, el mal manejo de los recursos y, en cuanto a la propiedad horizontal, impide acatar la ley 675.

Es general, en los documentos públicos contables, la tergiversación de las normas jurídicas: toman frases aisladas sin ubicarlas dentro de su contexto; hacen generalizaciones no pertinentes; no distinguen entre una entidad de comercio y otra de naturaleza civil; no consideran los entes comerciales de acuerdo a su tamaño y sus características; imponen la obligación de acatar normas que carecen de sentido y fundamento; obligan la elaboración de los balances aunque no sean pertinentes; obligan el nombramiento de contadores a entes que no los necesitan.

La actual versión de los principios de contabilidad generalmente aceptados –decreto 2649- es contradictoria, no es ética ni responsable, conduce a gastos innecesarios, al incremento de la corrupción y a la supresión del control previo de los recursos, único control eficiente y efectivo. Este es el resultado de los decretos y leyes contables que sugieren, impulsan y llevan adelante los contadores hasta conseguir su culminación; son aprobados sin mediar un análisis serio de su contenido, por un equipo interdisciplinario, como debe hacerse. Así, los contadores y revisores fiscales laboran en entes que no los requieren, no les son útiles y les causan perjuicios.

No hay una razón coherente y válida para que la nación haga balances, ni un argumento serio a favor de su utilidad, no se sabe para qué hay que unificar la contabilidad del país cuando se trata de entes económicos disímiles entre sí. Hay contabilidades que no admiten comparación como son las de las entidades financieras, las de las cooperativas, las de las industrias y las de las entidades sin ánimo de lucro.

Los balances en los entes sin patrimonio propio implican llevar una doble contabilidad, porque jamás podrán reemplazar a la contabilidad presupuestal.

El balance de una propiedad horizontal no permite ver la ejecución presupuestal; propicia el cobro injusto de las cuotas de administración porque no permite ver el verdadero déficit y superávit ni general ni por sectores; impide dar cumplimiento al artículo 31 de la ley 675 en el que ordena la sectorización de los gastos porque considera como un todo la contribución, independiente de los gastos sectorizados; y lleva implícito el nombramiento del contador y del revisor fiscal, personas que no son responsables porque no garantizan el cumplimiento de la ley 675 y de los reglamentos y no son garantía del control de los recursos.

Se requiere, primero que todo, antes de someterse a las normas internacionales de contabilidad, solo requeridas por aquellas empresas que participan en la globalidad de la economía, poner orden en la casa, retornar a los principios de contabilidad generalmente aceptados en la gran mayoría de los países, mejor, retornar a los principios de contabilidad existentes antes de 1993. Rehacer el desbarajuste contable como consecuencia de la ley 43 de 1990, del decreto 2649 y de la Constitución Política de 1991 es casi imposible, pero la propiedad horizontal lo requiere. De esta manera, se suprimiría la orden de elaborar los balances y se explicaría en detalle cómo deben llevar los órganos de administración de la propiedad horizontal la contabilidad presupuestal. Esta afirmación es válida para todas las entidades sin ánimo de lucro, porque es lo único que tienen en común todas las entidades sin ánimo de lucro: el debido manejo de la contabilidad presupuestal. Solo esta, llevada correctamente, supervisada por un ente de vigilancia y control y motivo de control previo por parte de los propietarios individuales, es garantía del manejo eficiente de los recursos, del cobro justo de las cuotas de administración, de la liquidación anual de los déficits y superávits, y del mantenimiento debido a los bienes comunes de la copropiedad.

Es posible ordenar adecuadamente la contabilidad en la ley de propiedad horizontal como ley de orden público, tomar absoluta independencia con las normas contables, no pertinentes cuando se trata de entes con régimen especial. Para que el régimen de propiedad horizontal sea coherente hay que suprimir la orden de elaborar los balances y ordenar en detalle la contabilidad presupuestal, adaptando a la propiedad horizontal la contabilidad presupuestal que lleva el Ministerio de Hacienda a través de su Oficina de Presupuesto.

También es razonable pretender que las facultades de contaduría enseñen tanto la contabilidad mercantil como la contabilidad presupuestal, y así saldrían los contadores capacitados para laborar en empresas haciendo los balances, y en el sector público y en las entidades sin ánimo de lucro, elaborando la contabilidad presupuestal, la que tiene normas especiales y mandatos concretos para el sector público y cuya aplicación en la propiedad horizontal, y en general en las entidades sin ánimo de lucro, con pocas variantes, es necesaria; su adaptación al sector privado es un trabajo que al parecer no ha hecho ningún país y es urgente emprender.

La preocupación actual a nivel internacional sobre el deterioro, la ineficiencia administrativa y la falta de convivencia en la propiedad horizontal, es evidente. Incluso, algunos países, Francia entre ellos, optaron por demoler grandes copropiedades, para reemplazarlas por casas separadas. La orden de elaborar los balances en la propiedad horizontal y la omisión de la manera de llevar correctamente la contabilidad presupuestal contribuyen en demasía al colapso económico de las copropiedades.

No encontramos ley de la copropiedad ni reglamento que explique suficientemente la contabilidad presupuestal y en estos es prácticamente general la omisión del término balance, con excepción de Colombia y Ecuador, que recordemos en este momento. Tampoco, a excepción de Colombia, hay ley de copropiedad que remita a los balances, y ante su silencio, cuando las copropiedades encargan a un contable su manejo, estos, por los motivos expuestos, llevan la contabilidad mercantil aunque no la hayan ordenado la ley ni el reglamento. En nuestra investigación tampoco se evidenció que en otro país haya unos principios de contabilidad exigidos para todas las personas, como ocurre en Colombia. Así mismo, no aparece en la web evidencia clara de que otro país, diferente a Colombia y, tal vez, a Costa Rica, que tengan un contador general encargado de los balances de la nación. Parece que estas cosas solo suceden en Colombia.



Título: Rastros de restos serie 16

Técnica: Mixta

Dimensión: 33 x 33

Año: 2009

***DERECHOS DEL ARRENDATARIO
DE LOCAL COMERCIAL Y PROPIEDAD
PRIVADA. UN ANÁLISIS
DE LA PROTECCIÓN
AL EMPRESARIO DESDE
EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1971***

Fecha de recepción: septiembre 23 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 9 de 2011

**DERECHOS DEL ARRENDATARIO DE LOCAL COMERCIAL Y PROPIEDAD
PRIVADA. UN ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN AL EMPRESARIO
DESDE EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1971**

*Norma Cecilia Nieto Nieto**

*Mauricio Andrés Parra Cruz***

RESUMEN

El presente trabajo se escribe con dos finalidades básicas; la primera, aportar a las discusiones actuales en torno a la conmemoración de los 40 años del Código de Comercio de Colombia desde la perspectiva de las protecciones legales propias del estatus de comerciante y la segunda, abordar las cuestiones relativas a las garantías para el comerciante en calidad de arrendatario de un local comercial desde la teoría de los derechos reales. La metodología a seguir se concreta en dos estrategias: el análisis histórico de normas y el comentario jurisprudencial.

Palabras clave: Establecimiento de comercio, función social de la propiedad, arrendamiento de local comercial, derecho a la renovación del contrato de arrendamiento.

**RIGHTS OF LESSEES OF COMMERCIAL VENUE AND PRIVATE PROPERTY.
AN ANALYSIS OF THE PROTECTION TO THE BUSINESSMAN
SINCE COMMERCIAL CODE OF 1971**

ABSTRACT

This work has two objectives; first, contributes to the actual discussions around of commemoration of 40 years old of Colombia's Commercial Code since a perspective of the legal protections of businessman, and the second, tackles the questions relatives to the guarantees for the businessman how lessee of commercial venue since the theory of real rights. The methodology in this will be history of laws and jurisprudential commentary.

Keywords: Commercial establishment, social function of property, lessee of commercial venue, right to the renovation of lessee contract.

* Norma Cecilia Nieto Nieto es abogada de la Universidad de Antioquia, Especialista en Derecho de los Negocios de la Universidad Externado de Colombia, Magíster en Derecho Privado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Doctoranda en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesora de tiempo completo de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit. Miembro del grupo de investigación "Justicia y conflicto" de la misma universidad. Datos de contacto: Carrera 49 7 sur 50 Avenida las Vegas, bloque 27, piso 5. Teléfono 2 61 95 20, e mail: nnietoni@eafit.edu.co.

** Mauricio Andrés Parra Cruz es abogado de la Universidad de Antioquia, doctorando en Derecho por la Universidad de Buenos Aires (Argentina). Profesor ocasional de tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Datos de contacto: Universidad de Antioquia Ciudad Universitaria, Bloque 14, cuarto piso Teléfono 2 195864. E mail:mauricioparracruz@hotmail.com

DERECHOS DEL ARRENDATARIO DE LOCAL COMERCIAL Y PROPIEDAD PRIVADA. UN ANÁLISIS DE LA PROTECCIÓN AL EMPRESARIO DESDE EL CÓDIGO DE COMERCIO DE 1971

1. Un Código de Comercio que cumple 40 años

Los antecedentes normativos del Código de Comercio de 1971 se remontan al siglo XVII y tienen su principal fuente en el derecho español. La doctrina identifica tres períodos históricos importantes previos a la conformación del código. El período español, el derecho nacional y la codificación que coincide con el movimiento político conocido como la regeneración.

En el período español se reconocen *las Siete Partidas*¹, *la Recopilación de los Reinos de las Indias*², *las Ordenanzas de Bilbao*³ y la *Novísima Recopilación*⁴. De estos cuerpos normativos se destacan la Ordenanzas, tanto como que los más importantes comentaristas de principios del siglo XX destacan su contribución a la conformación de la legislación comercial.

Ellas «se refiere a las ordenanzas de Bilbao» sometieron á (sic) reglas fijas la marcha de las limitadas operaciones mercantiles á (sic) que estaba reducido el tráfico colonial, dieron sólidas garantías a la buena fe y al crédito, imponiendo a los comerciantes la obligación de llevar una contabilidad regular; sirvieron de norma á los tribunales consulares para decidir justa y equitativamente las cuestiones entre comerciantes, y, en suma; sacaron el comercio del caos de la Recopilación Indiana, lo cual explica cómo, no obstante la proclamación de la República, estuvieron en vigor, en casi toda la América, más de treinta años después. (Uribe, 1907: 11)

No obstante esta importante legislación sobre el comercio y asuntos relativos ninguna de estas normas vigentes en el *período español* incluía una institución equivalente o semejante siquiera al *establecimiento o fundo de comercio*.

1 Expedidas en 1625, comenzaron a regir en 1648, la quinta partida se refiere al comercio.

2 Rigieron desde 1680 y se enfocaban en regular el comercio de las colonias con la metropoli.

3 Estuvieron vigentes entre 1737 y 1829 su principal finalidad consistía en establecer un cuerpo normativo que lograra separar las normas de derecho mercantil de las de derecho común.

4 Vigentes desde 1805. En el libro 9 se incluían las normas sobre comercio, moneda y minas, y en el libro 10 las correspondientes a contratos, obligaciones, testamentos y herencias,

El segundo periodo, *derecho nacional*, se caracteriza por la inclusión del artículo 18 en la primera Constitución colombiana de 1821, el cual admitía la vigencia de las leyes de la metrópoli hasta la expedición de los códigos propios.

La codificación (tercer periodo) hizo palpable la dificultad en las colonias y e incluso en España de continuar con el caos normativo en materia mercantil existente a principios del siglo XIX. España expidió, en 1829, su primer Código de Comercio, en parte copia del francés de 1807. La tarea de la codificación llevaría muchos años de esfuerzos, tanto en Europa como en los países hispanoamericanos, hasta el punto que nuestro sistema de leyes mercantiles se dividió en varios códigos.

El primero de ellos es el Código Nacional, sancionado el 1 de junio de 1853 para la Nueva Granada, casi una reproducción del Código español, pero sin incluir el libro 5 sobre jurisdicción comercial y procedimientos, reglamentado por la Ley de 16 de junio de 1853. El Código consta de 1.110 artículos, distribuidos en 4 libros, con títulos y secciones. El libro segundo trata sobre los contratos del comercio en general, las formas y efectos de éstos, las compañías mercantiles, las obligaciones derivadas de los contratos, las compras, ventas, permutas, préstamos, depósitos, fianzas, seguros de transporte terrestre y prescripciones mercantiles, entre otros. El artículo 1110 consagra una derogatoria expresa de *Las ordenanzas de Bilbao* y de todas las disposiciones sustantivas sobre comercio vigentes en la República hasta la fecha.

La Constitución de 1858, que instauró el federalismo, autorizó a los estados soberanos para legislar en los variados y amplios campos del derecho privado, pero en el artículo 15 reservó para el Gobierno nacional: “Todo lo concerniente á (sic) la legislación marítima y á (sic) la del comercio exterior y costanero”. Entonces, de 1858 en adelante, del Código Nacional de 1853, sólo quedó con carácter nacional vigente el libro tercero sobre comercio marítimo. Algunos estados adoptaron el Código de Comercio de 1853, otros adoptaron el expedido en 1859 para el Estado de Cundinamarca. En Panamá, Santander y Cauca se expidieron, en 1869, 1870 y 1871, respectivamente, códigos de comercio terrestre, tomados del chileno de 1867, el primero, y los dos últimos del Código de Cundinamarca, con muy pocas variantes.

En 1886, la Constitución restableció la República Unitaria y decretó la unificación de la legislación civil y penal del país. La Ley 57 de 15 de abril de 1887, sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, dispuso en su artículo 1:

Regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas que ella trata, los códigos siguientes. [...] El de Comercio del extinguido Estado de Panamá, sancionado el 12 de octubre de 1869, y el Nacional sobre la misma materia, edición 1874, que versa únicamente sobre el comercio marítimo.

El artículo 3 de la citada ley, a su vez, indicó:

En el Código de Comercio de Panamá se entenderá República donde se habla del Estado de Panamá, y las referencias que en dicho código se hacen a las leyes del mismo Estado, se entenderán hechas á (sic) las correspondientes disposiciones de los Códigos Nacionales.⁵

El Código de Comercio del 12 de octubre de 1869, adoptado por la Ley 57 de 1887, en el título séptimo regula las libertades políticas de los individuos en sus relaciones con el Estado.

Desde los primeros años del siglo XX se inició un proceso de reforma a la legislación comercial mediante la Ley 27 de 1907, en la que se autorizaba al Gobierno Nacional para contratar la elaboración de un proyecto que mediante un código la unificara y actualizara. Luego de continuos intentos infructuosos en 1958 el Ministerio de Justicia recibió de la comisión revisora del Código de Comercio, integrada por Victor Cock, José Gabino Pinzón, Álvaro Pérez Vives, Efrén Ossa, Emilio Robledo Uribe y Guillermo Barreto Ferro el “Proyecto de Código de Comercio” en dos tomos, que contenían el proyecto y la exposición de motivos.

El proyecto se presentó al Senado y se publicó en dos volúmenes de escasa difusión, el primero contenía el articulado y el otro la exposición de motivos. Se comenzó a discutir desde la legislatura ordinaria de 1958. Por Ley 16 de 1968 se otorgaron facultades extraordinarias al presidente de la República para que:

Previa una revisión final hecha por una comisión de expertos en la materia, expida y ponga en vigencia el proyecto de ley sobre Código de Comercio que se halla a la consideración del Congreso Nacional⁶

El proyecto final se adoptó como Código de Comercio por medio del decreto extraordinario 410 de 1971. Luego de extensas discusiones el 27 de marzo de 1971 se promulgó el Decreto 410 que contiene el Código de Comercio y que está vigente hasta la fecha.⁷ Este Código introduce y configura la noción de establecimiento de comercio como bien mercantil en Colombia.

5 Este Código fue modificado por la Ley 27 de 21 de febrero de 1888, Ley 62 de 1888 y Ley 24 de 1888, todas sobre las sociedades anónimas. Decreto Ley 2 de 19 de enero de 1906, sobre sociedades o compañías domiciliadas en el extranjero, y Ley 40 de 1907, sobre representación de sociedades extranjeras.

6 Numeral 15, artículo 20 Ley 16 de 1968

7 El artículo 2033 el decreto dispone: Este código regula íntegramente las materias contempladas en él. Consecuentemente, quedan derogados el Código de Comercio Terrestre y el Código de Comercio Marítimo adoptados por la Ley 57 de 1887, con todas las leyes y decretos complementarios o que versen sobre las

2. La protección al arrendatario de local comercial en Colombia

1.1 En el proyecto de Código de Comercio de 1958

El proyecto de Código de Comercio de 1958 presentado por la Comisión Redactora incluye por primera vez en Colombia el concepto de *establecimiento de comercio* y lo define como:

... el conjunto de bienes destinados al desarrollo de una actividad comercial organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes y para la prestación de servicios.

Una misma persona podrá tener varios establecimientos de comercio y, a su vez, un solo establecimiento podrá pertenecer a varias personas, o destinarse al desarrollo de diversas actividades comerciales. (Proyecto de Código de Comercio de 1958, artículo 30, página 7)

Esta noción, según la exposición de motivos está inspirada en las ideas llevadas al Código de Comercio italiano de 1942 y enfatiza en la naturaleza del establecimiento como unidad económica, constituida por los bienes materiales e inmateriales que utiliza una persona para el desarrollo de una actividad económica, organizada y estable.

A partir de esta definición y siguiendo la orientación de la ley argentina 11867 se expresa en el artículo 31 cuáles son los elementos o bienes que normalmente se destinan por el empresario al desarrollo de su actividad. Es entonces una universalidad formada por elementos corporales e incorporeales que se requiere determinar indicando sus componentes, de manera que se facilite la comprensión del alcance de los derechos que pueden constituirse sobre el establecimiento conforme a las prácticas comerciales.

En los artículos 30 a 42 contenidos en el libro I: *De los comerciantes y de las cuestiones de comercio, en general*; Título III: *De los establecimientos de Comercio*; Capítulo I: *Del establecimiento de comercio y de su protección legal*, la comisión redactora propone un esquema de reconocimiento y protección que siguiendo la orientación y técnica del derecho francés puede caracterizarse mediante los siguientes elementos:

- a. Consagra el derecho a la renovación del contrato cuando este ha tenido una duración no inferior a dos años⁸. Tiempo que se considera suficiente para

mismas materias, exceptuados solamente los que determinan el régimen de la Superintendencia Bancaria y de las sociedades sometidas a su control permanente, y el capítulo VI del decreto 2521 de 1950.

8 Artículo 33." El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado por no menos de dos años consecutivos un local o inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del

agotar las etapas preliminares de organización de una empresa y para que se dé a conocer y se acredite el establecimiento del empresario. Además es un lapso adecuado para que el inquilino dé a conocer sus buenas condiciones: cumplimiento adecuado del contrato con pago oportuno del canon, buen uso y buena conservación del local. No se trata del derecho a una prórroga del contrato sino de una renovación. Regirá entre las partes un nuevo contrato que puede acordarse o celebrarse entre ellas según las circunstancias de precio y condiciones de utilización de la cosa arrendada. Ello permite restablecer un justo equilibrio de sus mutuos intereses.

- b. El arrendador puede negarse a la renovación del contrato en todos los casos, pero con la obligación de pagar los perjuicios que ocasione al arrendatario si no hay un motivo que justifique su conducta, para lo que se fijan precisamente las causas justas para no acceder a la renovación del contrato en el artículo 33⁹. Incluir una anotación al respecto. Es importante aclarar que la norma que finalmente hace parte del Código de Comercio de 1971 se distancia de esta postura del proyecto, como se verá más adelante en el acápite 2.2 de este artículo. Las causas justas para no renovar sin que se active la obligación de indemnizar por parte del arrendador están contenidas hoy en los artículos 518 y 522 del Código de Comercio vigente.
- c. El artículo 35 enfatiza en la idea de que no se trata de una prórroga al consagrar que *“tanto el arrendador como el arrendatario tendrán derecho a modificar el contrato...”* si las circunstancias así lo imponen, para facilitar las mencionadas modificaciones prevé la intervención de árbitros designados por las partes con el fin de obtener una solución pronta o ajustada a las realidades económicas y comerciales del momento. Esto según la Comisión es mucho más útil que

contrato de arrendamiento al vencimiento del mismo ...”

9 Artículo 33. ...

1. Cuando haya habido por parte del arrendatario incumplimiento del contrato, mal uso o mala conservación de los locales o inmuebles arrendados, subarrendamiento de los mismos, en todo o en parte, sin la aceptación expresa o tácita del arrendador
2. Cuando el arrendador necesite los locales o inmuebles para habitación suya, de sus padres, hijos o hermanos o para un establecimiento de comercio suyo ya existente en otros locales de que sea privado por destrucción o por las causas previstas en este Capítulo, o para la apertura o ampliación de un establecimiento del propietario del inmueble, destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario.
3. Cuando los locales o inmuebles deban ser reconstruidos u objeto de reparaciones u obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación de los mismos.
4. Cuando la edificación vaya a ser demolida para la ejecución de alguna obra pública, o por su estado de ruina o para la construcción de una nueva.

- las intervenciones del Gobierno mediante el mecanismo de control de precios, pues impide los reajustes oportunos y equitativos.
- d. Para evitar el fraude a la ley en los eventos de las causales segunda, tercera y cuarta del artículo 35, si no se inicia la obra o no se da el destino a los locales para el cual se reclamaron, habrá lugar a la indemnización de perjuicios. Se prevé además que las estipulaciones de las partes con las que se pretenda esquivar o burlar las garantías indicadas serán ineficaces, no producen efecto alguno, deben tenerse por no escritas, sin necesidad de declaración judicial según el artículo 303¹⁰ del proyecto. Es decir, reviste de carácter imperativo la norma que se comenta.
 - e. Para que no se entienda que el derecho a la renovación del contrato puede afectar las relaciones creadas entre las partes, se advierte que las garantías anteriores no pueden impedir que el arrendador pida la restitución por: incumplimiento del arrendatario a las cláusulas del contrato relacionadas con el pago de la renta, la destinación y la conservación. Se trata de regular la situación en la que queda, al terminar el contrato, en relación con las ventajas inmateriales que haya creado en desarrollo de su empresa, no de hacer salvedades a favor del inquilino mientras esté ejecutándose el contrato.

Para la Comisión redactora:

Aspecto muy importante – y este sí controvertido, como no lo han sido los anteriores, por quienes han conocido el proyecto- es el relativo a la regulación de los arrendamientos de locales comerciales. La Comisión considera que el concepto romano de la propiedad ha evolucionado considerablemente y ha perdido parte de su rigidez individualista, para recibir también el benéfico choque de las realidades sociales, que han humanizado el derecho moderno y que ha dado una fecunda virtualidad a los principios del enriquecimiento sin causa y del abuso de los derechos. Porque estos saludables principios – que son indudablemente incompatibles con la concepción del derecho que todavía imperaba en la era de Napoleón – son, como anotan Escarra y Rault (*Cours de Droit Commercial*, p.216) los que han inspirado las leyes de 1926 y 1946, que, completadas con el decreto 1953, han regulado la materia en Francia. (Proyecto de Código de Comercio de 1958, exposición de motivos, páginas 36 – 37)

Por tanto el grupo de expertos integrantes de la Comisión, propone un sistema de normas con la finalidad de regular las relaciones entre los propietarios y los

10 Este artículo prevé la ineficacia como sanción al negocio jurídico, como una vicisitud que opera solo en los eventos expresamente consagrados por el legislador.

arrendatarios de locales ocupados con establecimientos de comercio. Las razones de estas prerrogativas, en gran parte protectoras de los derechos de los empresarios que ocupan a título de arrendatarios locales comerciales, se fundamentan en dos fuentes. La primera: es indudable que quien ha acreditado un establecimiento de comercio y ha creado en torno a él una clientela que se orienta en sus preferencias y decisiones en el mercado más por el local ocupado que por cualquier otra circunstancia, se ha constituido en otro de los elementos inmateriales que contribuyen a incrementar la productividad de la actividad económica organizada tendiente a la transformación, comercialización o distribución de bienes o servicios que se desarrolla a través del establecimiento de comercio. Este elemento puede adquirir tal preponderancia, que constituye la base del cobro de cuantiosas primas por la cesión de los locales, y en nada es fruto de la actividad del propietario arrendador, sino del arrendatario. Por lo que emerge el deber de protección del Estado en su favor y no para que se beneficie el propietario del local comercial, lo que generaría situaciones de abuso del derecho y en muchos casos ha sido fuente de maniobras de competencia desleal en las que el propietario se sirve del esfuerzo del empresario para posicionarse en el mercado de forma competitiva. Ese elemento inmaterial, según el proyecto: "... es un verdadero objeto de propiedad privada, distinto del objeto de la propiedad del arrendador, que debe protegerse en su propietario contra cualquier abuso del derecho del arrendador, y para evitar que éste se enriquezca sin causa, aprovechando la labor de un inquilino a quien se priva de un derecho creado por él" (Proyecto de Código de Comercio de 1958, exposición de motivos, páginas 39)

La segunda idea genitora en que se fundamenta el proyecto es la de la protección del interés general que está implícito en la permanencia de toda empresa comercial, porque el trabajo estable y organizado contribuye en mayor medida a la estabilización de las variables macroeconómicas de un país que el trabajo esporádico o intermitente. Menciona la Comisión cómo la noción de empresa y su protección se ubican como piedras angulares del sistema del Código de Comercio italiano de 1942, e inspiran legislaciones sobre quiebras como las de México y Brasil que prefieren la enajenación del establecimiento de comercio en bloque para no desintegrarlo.

...es bueno observar que, como lo anota Savatier, el derecho civil moderno ha sufrido importantes metamorfosis sociales y económicas, para cumplir una función que no fue prevista en los primitivos códigos, precisamente porque la vida económica de entonces era menos desarrollada y menos compleja. Y así es como el derecho del propietario no puede menos de ser armónico con el del empresario, para que el interés privado del arrendador no absorba ese interés general que representa la subsistencia normal de la empresa o de las formas organizadas de actividad económica. Porque la continuidad de la empresa

no puede asegurarse de manera completa si el que organiza un negocio y lo desarrolla hasta colocarlo en un grado de buena productividad puede verse, de un día para otro, privado de esa concreción material de sus esfuerzos que representa la clientela, el prestigio adquirido por un establecimiento y el mismo aviamiento, que es un tanto más valioso cuanto más se funda en elementos objetivos. Proyecto de Código de Comercio de 1958, exposición de motivos, páginas 40 y siguientes)

1.2 En el Código de Comercio de 1971

1.2.1 La empresa y el establecimiento de comercio.

Un importante elemento que destaca la materialización de la pretendida unificación normativa en la materia mercantil en el Código de Comercio de 1971, es la adopción por parte del legislador del concepto jurídico de empresa. Se aleja por completo de la simple ejemplificación que de la misma hacía el Código de Comercio Terrestre del Estado de Panamá vigente hasta entonces, el cual no definía la empresa, ni sus elementos integrantes, así como tampoco determinaba, como es apenas obvio hoy, una relación de medio a fin entre ésta y el establecimiento de comercio.

En efecto, el artículo 25 del Código de Comercio – Decreto 410/1971-, al describir la empresa toma nota de la realidad económica y social en la cual está inserta y la entiende como: “[...] toda actividad económica organizada para la producción, transformación, circulación, administración o custodia de bienes, o para la prestación de servicios.”

Y termina señalando la disposición referida, la relación material e inescindible que se ha de predicar de la empresa en relación con el establecimiento de comercio, pues afirma que, “[...] Dicha actividad (la empresarial), se realizará a través de uno o más establecimientos de comercio.”

De igual manera en esta relación de medio a fin que establece el legislador del 71, entre la empresa y el establecimiento de comercio, cabe destacar igualmente la preponderancia que atribuye a este último en relación con la propiedad, en la medida en que la legislación opta por la prevalencia de los derechos del empresario (libertad de empresa, iniciativa privada y libre competencia), sobre los derechos a la propiedad inmobiliaria, cuando es posible atribuir al empresario, por la permanencia en el tiempo en el ejercicio de su actividad empresarial en un mismo inmueble, unos derechos que devienen especiales y que constituyen, de no observarse las previsiones de la ley, que de manera taxativa determina las causales de la restitución de los inmuebles destinados al funcionamiento de los establecimientos de comercio, una especie de gravamen que afecta la propiedad inmobiliaria, la cual, cuando no

se observan tales previsiones, constituye, para el empresario, la garantía del pago de los perjuicios que con una indebida restitución se le pudieren ocasionar.

Esta preferencia tiene además su razón de ser en lo que la doctrina, a partir de la definición de la empresa y del establecimiento de comercio, ha estructurado en torno a este último, que en tanto lo define como “[...]el conjunto de bienes organizado por el empresario para realizar los fines de la empresa...”; constituye en todo caso un bien de naturaleza mercantil, el cual por su destinación se encuentra revestido de especialísimas características a saber: es una unidad técnica; es un bien incorporeal; es un medio instrumental y es una unidad económica. Dispuesto así para el logro de los fines de la empresa.

2.2.2. El establecimiento de comercio Vs. La propiedad.

Así las cosas, la tensión entre los derechos a la propiedad y los derivados del establecimiento de comercio, los soluciona el legislador tomando partido por los derechos del empresario a la ocupación del inmueble, por radicar en él el derecho a la renovación del contrato cuando se verifica la ocupación por un período no inferior a dos años. Y tiene sustento en la drástica regulación que de la materia hace el legislador, cuya finalidad es proteger no solo al empresario sino además la unidad económica en tanto fuente de empleo y generadora de riqueza para el país.

Es por ello que el legislador al momento de determinar las reglas que operan entre las partes para la restitución del inmueble ocupado por el empresario en ejercicio de su actividad, de manera radical dispone:

El empresario que a título de arrendamiento haya ocupado no menos de dos años consecutivos un inmueble con un mismo establecimiento de comercio, tendrá derecho a la renovación del contrato al vencimiento del mismo, salvo en los siguientes casos:

1. Cuando el arrendatario haya incumplido el contrato;
2. Cuando el propietario necesite los inmuebles para su propia habitación o para un establecimiento suyo destinado a una empresa sustancialmente distinta de la que tuviere el arrendatario, y
3. Cuando el inmueble deba ser reconstruido, o reparado con obras necesarias que no puedan ejecutarse sin la entrega o desocupación, o demolido por su estado de ruina o para la construcción de una obra nueva.” (Artículo 518 Código de Comercio)

Disposiciones estas respecto de las cuales, agrega el artículo 524. *Ibidem*, no producirá efecto ninguna estipulación en contrario de las partes. Es decir que se

trata de normas de orden público, de obligatorio acatamiento y que constituyen una limitación al ejercicio de la denominada autonomía de la voluntad.

Frente a lo señalado en el ordinal 1º de la norma en cita, ninguna discusión hay al respecto, pues simplemente se entiende que estamos, cuando la restitución ocurre por incumplimiento, dando aplicación a una regla de derecho, la de la condición resolutoria tácita, señalada por el legislador civil como una regla contractual de carácter general.

Cosa esta que no ocurre en los supuestos de los ordinales 2º y 3º ejusdem, los cuales, de un lado, condicionan al propietario del inmueble en el evento de solicitar la restitución por causa distinta a las enunciadas por el legislador (por ejemplo porque considere para sí inmoral la actividad económica desplegada por el empresario o no comparta sus políticas empresariales o bien, tampoco comparte los medios por éste utilizados para publicitar su actividad, etc.), y, de otro, legitiman al arrendador para disponer, salvo los supuestos enunciados, como a bien tenga de la propiedad en beneficio de su empresa, hasta el punto de encontrar en las disposiciones contenidas en los artículos 521 y 522 del Código de Comercio que ante la solicitud de restitución bien sea para habitar el inmueble, para destinarlo al funcionamiento de una empresa distinta a la que allí desarrolla el arrendatario y/o para repararlo o reconstruirlo, el propietario, en cualquiera de estos casos, tendrá la carga de ejecutar lo anunciado, y garantizar, en el evento de reconstrucción, el derecho de preferencia al empresario que ocupaba el inmueble antes de la misma.

Ahora, si el propietario no destina el inmueble para lo indicado con la solicitud de la restitución, o no inicia los trabajos en el caso de reparación o reconstrucción en un término de tres meses contados a partir de la entrega por parte del empresario, el legislador establece por este hecho un gravoso régimen de responsabilidad que supone la indemnización al arrendatario por los perjuicios causados, que pueden comprender a juicio del legislador: el lucro cesante; los gastos indispensables para la nueva instalación; las indemnizaciones de los trabajadores despedidos con ocasión de la clausura así como el valor de las mejoras efectuadas en el inmueble entregado.

Reglas estas que relativizan el concepto de propiedad señalado en el artículo 669 del Código Civil colombiano, el cual expresa: *“El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno...”*, Y aún cuando pudiera parecer radical el concepto de la relativización de la propiedad, basta para entenderlo la simple lectura del inciso final del artículo 522 del Código de Comercio que se ocupa del régimen de la responsabilidad del propietario que desatiende las reglas que el legislador establece para la restitución, pues señala: “[...] El inmueble respectivo quedará especialmente afecto al pago de la indemnización, y la correspondiente

demanda deberá ser inscrita como se previene para las que versan sobre el dominio de inmuebles”.

En estos casos lo que se discute no es el derecho a la propiedad, son los derechos del empresario arrendatario, quien por la permanencia en el ejercicio de su actividad como arrendatario de un inmueble, termina constituyendo a su favor, gracias a los derechos que el legislador le reconoce, un gravamen al inmueble y de contera una limitación al ejercicio del derecho a la propiedad.

3. Altas cortes y el estado de la cuestión

Como lo anotaba la Comisión Redactora del Proyecto de Código de Comercio de 1958 las normas relativas al contrato de arrendamiento de locales comerciales y la especial protección que consagran a favor del empresario propietario del establecimiento de comercio, o del mismo establecimiento como opinan algunos doctrinantes, no fue en sus inicios, como tampoco lo es hoy, poco controvertida. Algunas discrepancias referidas a esta cuestión han sido conocidas y definidas por la jurisdicción colombiana en las providencias que brevemente se referirán a continuación.

3.1. La Corte Suprema de Justicia

3.2. En sentencia del 29 de noviembre de 1971, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia¹¹ se pronunció sobre la exequibilidad de los artículos 518 a 524 del Decreto 410 de 1971, Código de Comercio de Colombia. Los preceptos señalados fueron estudiados por la Corte a fin de evaluar su correspondencia con los artículos 30 y 32 de la Constitución Política de 1886,¹² que consagraban el derecho a la propiedad privada, la libre empresa y el principio de prevalencia del interés público

11 Magistrado Ponente: Guillermo González Charry. Gaceta judicial CXXXVIII

12 ARTICULO 30. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social.

La propiedad es una función social que implica obligaciones.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación, mediante sentencia judicial e indemnización previa.

Con todo, el legislador, por razones de equidad, podrá determinar los casos en que no haya lugar a indemnización, mediante el voto favorable de la mayoría absoluta de los miembros de una y otra Cámara.

o social sobre el particular. Para la Corte Suprema esta aparente contradicción se desvirtúa al considerar que los valores inmersos en el juego de la competencia y las necesidades del comercio tanto públicas como privadas han sido tenidas en cuenta por el Código al abandonar el criterio ya anacrónico de la absoluta libertad de los contratantes y de la prevalencia exclusiva de sus intereses económicos y toma en cuenta situaciones y entidades respecto de las cuales predomina el interés social.

Al respecto la Corte explica:

Es cierto, como con razón lo afirma la demanda, que una congelación de cánones de arrendamiento para comerciantes no parece idónea para garantizar el interés público, ya que las de comercio son actividades esencialmente especulativas y de muy difícil control de parte de la administración. Pero como se ha visto, no se trata de tal congelación, salvo en caso y a modo de sanción, sino de una regulación diferente y especial del contrato de arrendamiento, que contempla todas las situaciones y modalidades que le son propias para defender, unas veces la subsistencia de una fuente de riqueza, para proteger, y en otras, el núcleo humano de trabajo, y para mantener en las restantes, una situación de equilibrio económico razonable entre los contratantes que limita el tradicional predominio, en estas materias, del interés individual. Y todo ello es precisamente una expresión valedera del principio constitucional que se viene comentando. Es ciertamente, además, un acto de intervención estatal. Hecha por medios idóneos, permitidos por el artículo 32 de la Carta y que no son extraños al contenido y finalidades de un Código de Comercio, cuyas materias por su naturaleza y la necesidad de los tiempos, se relacionan con actividades que por afectar grave y permanentemente la vida social, pueden y deben ser objeto de reglamentación por el Estado (Sentencia de 29 de noviembre de 1971, Sala Plena Corte Suprema de Justicia. Página 22)

En esta providencia la Corte utiliza argumentos tomados de la exposición de motivos del proyecto de Código de Comercio de 1958 y constituye una sentencia fundadora de una línea jurisprudencial en la que *la ratio decidendi* se reiteró en casos posteriores.¹³

Artículo 32. Se garantizan la libertad de empresa y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común, pero la dirección general de la economía estará a cargo del Estado. Este intervendrá, por mandato de la ley, en la producción, distribución, utilización y consumo de los bienes y en los servicios públicos y privados, para racionalizar y planificar la economía a fin de lograr el desarrollo integral. Intervendrá también el Estado, por mandato de la ley, para dar pleno empleo a los recursos humanos y naturales, dentro de una política de ingresos y salarios, conforme a la cual el desarrollo económico tenga como objetivo principal la justicia social y el mejoramiento armónico e integrado de la comunidad, y de las clases proletarias en particular.

13 Algunas otras providencias referidas al tema del establecimiento de comercio pero no cercenadas al interés concreto de este trabajo son: sentencia de 24 de septiembre de 1985, Magistrado ponente: Hernando Tapias

En un pronunciamiento más reciente, esta vez en jurisdicción ordinaria, la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 24 de septiembre de 2001,¹⁴ resolvió un recurso extraordinario de casación contra una providencia que intervino una controversia surgida del incumplimiento del arrendador de los deberes contenidos en el artículo 522 del Código de Comercio.

La sentencia recurrida fue proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Valledupar, dentro de un proceso ordinario promovido por el señor Pedro Muvdi Aranguena en contra de Juan de Dios Mejía Sampredo, mediante demanda interpuesta el 9 de diciembre de 1992 para que previo el trámite de un proceso ordinario se le declarara civilmente responsable por el incumplimiento de los referidos deberes y en consecuencia se le condenara a indemnizar los perjuicios causados. Los hechos fundamento de la pretensión pueden sintetizarse así: entre el demandante y el demandado existió un contrato de arrendamiento sobre un local comercial. El demandado negó el derecho a la renovación al desahuciar al demandante, aduciendo que sobre el lote de terreno en que estaba construido el local comercial se iba a continuar con una obra comenzada en el predio adyacente, que también era de su propiedad. Para construir esta obra nueva se requería la demolición para posibilitar la terminación del edificio. Vencido en juicio Muvdi Aranguena cumplió la sentencia, haciendo entrega formal del local el 3 de septiembre de 1992. A la fecha de presentación de la demanda el señor Mejía Sampredo no había comenzado las obras de demolición. La primera instancia se falló el 18 de abril de 1995 acogiendo las pretensiones del actor y mediante sentencia del 12 de septiembre del mismo año se resolvió la apelación confirmando la sentencia *del a quo*. Los cargos para la casación, que interesan a los fines de este trabajo, apuntan a demostrar que el derecho de preferencia a favor del arrendatario, contenido en el artículo 522 del Código de Comercio, depende, para su eficacia, de que la entrega del inmueble haya sido voluntaria, y no en cumplimiento de orden judicial, como sucedió en el caso a estudio.

La Corte desecha el cargo y enfatiza en que las normas comentadas tienen como finalidad proteger el establecimiento de comercio como bien, pero también los valores humanos y sociales intrínsecos que lo constituyen. Este derecho, el de la renovación, según el tribunal, como la generalidad de los derechos subjetivos, no es absoluto, pues su escenario de aplicación eficaz está sujeto a unas condiciones establecidas en las normas: 1. Que a título de arrendamiento se haya ocupado un

Rocha, de 29 septiembre de 1978, Magistrado ponente: José María Esguerra Sámpser, de 8 de octubre de 1997, Magistrado Ponente: Pedro Lafont Pianetta, de 14 de diciembre de 1971 Magistrado Ponente: Guillermo González Charry, de 03 de febrero de 2004, Magistrado ponente: José Fernando Ramírez Gómez.

14 Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez, expediente: 5876

inmueble para la explotación de un establecimiento de comercio. 2. Que la tenencia derivada de este vínculo contractual haya permanecido por al menos dos años consecutivos. 3. Que durante este lapso siempre se haya explotado un mismo establecimiento, 4. Que haya vencido el término del contrato, y 5. Que no se presente alguna de las excepciones a que alude el artículo 522.

Respecto a la naturaleza de esta protección la Corte afirmó:

El derecho de renovación que asiste al empresario – arrendatario, garantiza el statu quo de la tenencia, puesto que ese es su haber dentro del marco de la relación sustancial, porque, como se anotó, pero se repite, dicho derecho protege la estabilidad del negocio, como salvaguardia de la propiedad comercial, conformada, entre otros intangibles, por la clientela y la fama acumuladas en el lugar donde desde antaño se cumple la actividad mercantil.

Al lado del anterior derecho, como otro elemento más de protección del establecimiento de comercio, el artículo 520 del Código de Comercio, consagra el llamado derecho al desahucio, que no es otra cosa que el derecho que tiene el empresario – arrendatario, para que se le anuncie por parte del propietario del inmueble, el enervamiento del derecho de renovación, por darse alguna de las circunstancias previstas por los ordinales 2º y 3º del artículo 518 *ibidem*, con el fin de aminorar los perjuicios que puede ocasionarle la restitución de la tenencia. De tal modo que éste es un aviso que se le da al arrendatario para que en el razonable término que la norma fija, se ubique en otro lugar con posibilidades de continuar la explotación económica del establecimiento con la misma fama, clientela y nombres adquiridos, porque en dicho plazo puede adoptar todas las medidas de publicidad y traslado que resulten convenientes. (Sentencia de 24 de septiembre de 1991, Sala Civil Corte Suprema de Justicia, expediente: 5876, página 25)

Para la Corte el reproche que merece el arrendador, demandado, en el asunto de la referencia, se origina en el incumplimiento mismo del contrato de arrendamiento, porque la renovación, o el desahucio bajo las causales legales, constituyen prestaciones derivadas del contrato a favor del arrendatario. Lo que se le imputa es la terminación sin causa legal del contrato de arrendamiento, y en consecuencia la vulneración del derecho de renovación que asistía al arrendatario del local destinado a la explotación del establecimiento de comercio.

3.2 La Corte Constitucional Colombiana.

3.2.1. Constitucionalidad del artículo 523 del Código de Comercio

Se comentarán en este apartado las dos providencias más sobresalientes proferidas por el Tribunal Constitucional en cuanto al tema en estudio. La primera, se trata de

una decisión sobre la inconstitucionalidad parcial del artículo 523¹⁵ del Código de Comercio. Según el accionante el referido apartado de la norma vulnera los preceptos constitucionales contenidos en los artículos 13, derecho a la igualdad y 58, derecho a la propiedad, de la Constitución Política de 1991. Las razones de la impugnación se hacen consistir en que el arrendador recibe un trato desigual pues se ve sometido por una posición desfavorable respecto del arrendatario. Los contratos pueden ser cedidos si el establecimiento ha sido enajenado y el arrendador no puede oponerse a esa cesión y pierde sus derechos y garantías frente al arrendatario para reclamarle las obligaciones que se derivan del contrato. El derecho de propiedad, en concepto del demandante, se ve afectado al permitir que según la voluntad del arrendatario se realice la cesión del inmueble mercantil desconociendo su principal obligación que es la de conservar el bien objeto de arrendamiento.

Para la Corte, la norma acusada es consecuencia lógica del artículo 516¹⁶ del Código de Comercio, en la que se definen los derechos y bienes que hacen parte de un establecimiento de comercio. En cuyo numeral 5 se incluyen los contratos de arrendamiento y en caso de enajenación el derecho al arrendamiento de los locales. De tal suerte que la norma lo que hace es reglamentar el derecho de propiedad sobre establecimientos de comercio, y confiere los mencionados derechos al propietario.

La decisión es clara en demostrar como con la norma acusada no se quebranta el principio de igualdad, por que el arrendador y el arrendatario están en situaciones disímiles según el mismo contrato de arrendamiento. Del contrato emergen derechos distintos para las partes, aunque deba existir entre ellos en principio una regla de equilibrio económico. El arrendatario y dueño del establecimiento de comercio puede venderlo y ceder el contrato de arrendamiento. Y el arrendador, dueño del

15 Artículo 523. El arrendatario no podrá sin la autorización expresa o tácita del arrendador, subarrendar totalmente los locales o inmuebles, ni darles, en forma que lesiones los derechos del arrendador, una destinación distinta a la prevista en el contrato. El arrendatario podrá subarrendar hasta la mitad de los inmuebles, con la misma limitación. La cesión del contrato será válida cuando lo autorice el arrendador **o sea consecuencia de la enajenación del respectivo establecimiento de comercio**. Lo resaltado en negrilla es la parte que se demanda por inconstitucional.

16 Artículo 516 Código de Comercio.-Salvo estipulación en contrario, se entiende que forman parte de un establecimiento de comercio:1. La enseña o nombre comercial y las marcas de productos y de servicios;2. Los derechos del empresario sobre las invenciones o creaciones industriales o artísticas que se utilicen en las actividades del establecimiento;3. Las mercancías en almacén o en proceso de elaboración, los créditos y los demás valores similares;4. El mobiliario y las instalaciones; 5. Los contratos de arrendamiento y, en caso de enajenación, el derecho al arrendamiento de los locales en que funciona si son de propiedad del empresario, y las indemnizaciones que, conforme a la ley, tenga el arrendatario;6. El derecho a impedir la desviación de la clientela y a la protección de la fama comercial, y 7. Los derechos y obligaciones mercantiles derivados de las actividades propias del establecimiento, siempre que no provengan de contratos celebrados exclusivamente en consideración al titular de dicho establecimiento.

inmueble, igualmente puede al enajenarlo ceder el contrato de arrendamiento; en ambos casos sin el consentimiento de la contraparte contractual. Ambos pueden disponer de sus bienes. La pretendida igualdad alegada por el demandante implicaría desconocer las consecuencias que se derivan del contrato en punto a la generación o creación de derechos y obligaciones para las partes suscriptoras.

Para la Corte:

En cuanto al supuesto quebranto del artículo 58 de la Constitución, tampoco tiene razón el demandante, como se explicará. La cesión del contrato de arrendamiento en nada vulnera el derecho de propiedad del dueño del inmueble. Es, como se ha explicado, la consecuencia legal necesaria de la enajenación del establecimiento de comercio, en ejercicio del derecho de propiedad sobre éste.

Y si existen garantías del cumplimiento del contrato, y en particular de las obligaciones del arrendatario, ellas, en principio, no tienen por qué extinguirse por la cesión.

Y por la misma razón, tampoco se quebranta la garantía de los derechos adquiridos consagrada por el artículo 58 de la Constitución: la cesión del contrato en nada cambia los derechos que de él nacen, ni las obligaciones. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 598 de 1996, Página 6)".

3.2.2. Sentencia T - 769 de 2005

El 25 de julio de 2005, la Corte Constitucional profiere sentencia de revisión de tutela en el caso de Jimmy Alexander Andrade Molina y otros contra la sociedad "Inmuebles y arrendamientos Limitada en Liquidación" y otros. El amparo se interpuso por los accionantes en calidad de propietarios de establecimientos de comercio y arrendatarios de locales para su funcionamiento ubicados en el denominado "Centro Comercial la 17" de la ciudad de Pasto. El día 6 de noviembre de 2001 el mencionado edificio fue destruido en gran parte por un incendio que originó la pérdida de las mercancías de los comerciantes demandantes y la destrucción total en algunos casos y en forma parcial, pero que impide el desarrollo de las actividades comerciales, en otros. En la solicitud de amparo aducen que la sociedad propietaria del edificio no procedió al desahucio, les prometió locales en el inmueble reconstruido y no indemnizó ningún tipo de daños. Además luego de reparado el edificio cambiaron las condiciones del contrato, se incrementaron hasta en un 100% los valores correspondientes a los cánones de arrendamiento y no se dio aplicación a la preferencia contenida en el artículo 521 del Código de Comercio.

Para los arrendatarios se vulneran con estos hechos sus derechos constitucionales fundamentales al trabajo, la vida, la integridad, el mínimo vital y la dignidad hu-

mana. La sociedad demandada aduce que a causa del incendio tuvo que enajenar el inmueble e inició un trámite de liquidación por cuanto se encuentra en una situación de insolvencia.

Las decisiones de primera y segunda instancia fueron desfavorables a los demandantes y se fundamentan en falta de cumplimiento de requisitos para la procedencia de la acción de tutela: 1). Existencia de mecanismos judiciales para la protección de los derechos en la jurisdicción ordinaria, por cuanto su petición va en contravía del principio de subsidiaridad del amparo constitucional y 2) no se verifica en este caso una situación de subordinación o indefensión; supuestos para que proceda la tutela contra particulares. También se adujo por los jueces de instancia respecto de algunos de los demandantes que no procedía su solicitud ni aún en la jurisdicción ordinaria porque se trataba de arrendatarios cesionarios sin consentimiento del arrendador.

En el trámite del recurso de revisión la Corte integró al proceso a los nuevos propietarios del edificio y planteó que si bien existen otros medios de defensa de los derechos de los arrendatarios en la jurisdicción ordinaria, es preciso evaluar la existencia de situaciones de subordinación o indefensión a la luz del principio de solidaridad en la contratación privada.

El tribunal reconoce y reitera que el contrato por sí mismo no es una fuente que genera una situación de subordinación entre las partes. Sin embargo, la relación contractual fue desbordada por el incendio a partir del cual el sustrato de hecho del negocio jurídico cambió y los contratantes adquirieron la condición de damnificados, lo que constituye el cumplimiento del requisito de indefensión que autoriza el mecanismo constitucional del amparo en contra de particulares, los arrendadores. Y enfatiza en que tanto la Constitución como la ley comercial establecen normas encaminadas a proteger al empresario e incluso al mismo establecimiento como bien mueble.

Esta providencia es bastante interesante pues permite ver como la fuerza de la Constitución se irradia a partir de las intervenciones de la Corte sobre todo el ordenamiento jurídico y en el caso concreto sobre relaciones entre particulares en el ámbito comercial. Nótese que finalmente lo que se tutela es el derecho al trabajo de los empresarios en las específicas circunstancias del caso, pero además mediante este mecanismo de amparo también se reconoce y protege el desarrollo del debido proceso constitucional como derecho fundamental, pero con relación a procedimientos y normas propias del derecho mercantil.

Ahora bien, en circunstancias específicas como las presentes, la salvaguarda de la unidad comercial se encuentra íntimamente ligada con el derecho al trabajo y al mínimo vital. Si los comerciantes derivaban su única labor y el

sustento para vivir de la administración de sus locales comerciales, los obstáculos presentados, si son ilegítimos, afectan sin justificación los derechos fundamentales indicados

El comportamiento que debió asumir el arrendador ante la inexistencia del correspondiente desahucio, en orden a garantizar los derechos fundamentales de los arrendatarios, era designar para cada uno de ellos un local comercial en el que siguieran desplegando su labor. Si existiera cualquier duda o controversia sobre la ejecución, prórroga o renovación del contrato, aquel podría haber acudido ante la jurisdicción ordinaria pero sin obstaculizar o impedir de manera alguna y hasta que esta decidiera, que los comerciantes ejercieran su labor libremente. Bajo esta óptica, es el arrendador que no profirió desahucio correspondiente, quien tiene a su disposición los medios judiciales idóneos para plantear cualquier controversia sobre la ejecución del contrato. Poner a los arrendatarios damnificados a reclamar la entrega de sus locales por medios judiciales desconoce sus derechos fundamentales y deshecha sin razón la expectativa legítima creada por la inexistencia del desahucio. (Corte Constitucional Colombiana, Sentencia C- 769 de 2005, página 22)

4. Conclusiones

El concepto de establecimiento de comercio, como unidad técnica, económica y como bien mercantil adquiere existencia legal solo hasta 1971, con la expedición del Código de Comercio. En 1958 cuando se presentó la propuesta de la Comisión Redactora se incluyó por primera vez su estructura y régimen de protección y garantías tomando como modelo la ley argentina y el código italiano. A partir de la Constitución Política de 1991, se afianzó su estructura como medio idóneo para el desarrollo de la actividad económica organizada de los empresarios que les permite el ejercicio de los derechos a la propiedad e iniciativa privadas, la libre empresa y la libre competencia económica dentro del marco de responsabilidades que implica el Estado Social de Derecho.

El ámbito del contrato de arrendamiento sobre locales destinados al funcionamiento de establecimientos de comercio, constituye un escenario propicio para el debate en torno a colisiones de derechos tales como la propiedad que ostenta el arrendador sobre el inmueble y la empresa como función social en cabeza del propietario del establecimiento. Las jurisdicciones ordinaria y constitucional han debatido casos concretos y acciones de inconstitucionalidad sobre los derechos y prestaciones concernidos a las partes contractuales, que finalmente han resuelto a través de providencias que reconocen valores y fines implícitos en las normas pertinentes tales como la conservación y unidad de la empresa en tanto generadora de riqueza y agente coadyuvante al mantenimiento del empleo, lo que justifica herramientas legales que garanticen la igualdad material de los contratantes.

En cuanto a la renovación del contrato de arrendamiento sobre bienes destinados a establecimientos de comercio, es claro que se trata de una garantía que se radica como prestación a favor del empresario, siempre que lo haya ocupado por más de dos años de forma ininterrumpida. Esta protección especial se constituye sin más en un gravamen a la propiedad inmobiliaria. Lo anterior en atención a que el legislador establece de manera radical un régimen de causales taxativas para que opere la restitución, las cuales, en todo caso constituyen una carga para el propietario del inmueble, pues si no realiza lo anunciado en la causal puede verse compelido coactivamente al pago de todos los perjuicios que con ello irroge al empresario y la garantía para el pago de los mismos está constituida por el inmueble.

Esta colisión entre derechos, la propiedad y la empresa, se resuelve legislativamente a través de reglas especiales, propias del Derecho Mercantil, dando prevalencia a los derechos del empresario. En consecuencia en estas condiciones los derechos que se le reconocen pueden llevar a relativizar el carácter (absoluto) que se afirma sobre la propiedad y constituye más bien, cuando se dan las condiciones aquí señaladas, un gravamen a la misma.

La Corte Constitucional a través de algunas de sus intervenciones ha acudido a las protecciones legales contenidas en el Código de Comercio para proteger derechos de arrendatarios de establecimientos de comercio en situación de indefensión aplicando las protecciones relacionadas con la renovación del contrato cuando los arrendadores han desconocido el derecho a la renovación y a la preferencia; estas providencias reflejan el poder de la Constitución para irradiar sus efectos sobre controversias privadas que podrían resolverse directamente a través de dogmáticas específicas. Es de resaltar la correlación y e integración entre el derecho fundamental al debido proceso que se desarrolla a través de los ritos y formas propias para la garantía de prestaciones contractuales específicas.

6. Bibliografía

- CASTRO, de Cifuentes Marcela. Derecho comercial actos de comercio, empresas, comerciantes y empresarios. Bogotá: Temis, 2010. p.44 A 76.
- COCK, Víctor. Exposición de motivos al Proyecto de Código de Comercio. Bogotá: Imprenta Nacional, 1958. p. 28- 41
- Congreso de Colombia (1970) .Decreto 410 de 1970 del Código de Comercio. En: *Diario Oficial*. Bogotá, Imprenta Nacional.
- Corte Constitucional Colombiana Sentencias (1996). Sentencia C- 598 de 1996. Expediente D- 1274. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía

- ____ (2005) Sentencias. Sentencia T – 769. Expediente: T – 1060455. Magistrado Ponente: Clara Inés Vargas Hernández
- Corte Suprema de Justicia. Sentencias (1971). Sala Plana. Sentencia de 29 de noviembre. Magistrado Ponente: Guillermo González Charry
- ____ (2001). Sentencias. Sentencia de 24 de Septiembre. Expediente 5876. Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez.
- CALDERÓN V., Juan Jacobo. En: Jurídicas: Revista de la Universidad de Caldas. Manizales. Volumen 12, Número 2, 2005.
- GABINO, Pinzón. Introducción al Derecho Comercial. Bogotá: Temis, 1985. p.67- 226
- MEDINA V., Jairo. Derecho Comercial. Parte General. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2004. p.175 – 244.
- NARVÁEZ G., José Ignacio. Derecho Mercantil Colombiano. Parte General. Sante Fe de Bogotá: Legis, 1997. p. 229 – 254.
- ALTERINI, Jorge H y GATTI, Edmundo. El derecho real. Elementos de una teoría general. Buenos Aires: Abeledo-Perrot LexisNexis Argentina S.A., 2005. p.65- 68
- MADRIÑÁN, de la Torre Ramón. Principios de Derecho Comercial. Bogotá: Temis, 2007. P. 163 – 184



Título: De nuevo
Técnica: Mixta
Dimensión: 94 x 54
Año: 2009

LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDAD DE MEDELLÍN DESDE LAS LADERAS INFORMALES. TENSIONES, RELACIONES Y LIMINARIDADES EN LA CIUDAD CONTEMPORÁNEA*

* El presente artículo es producto del trabajo intelectual de las autoras que -luego de sistematizar las experiencias de los proyectos “Sociedades intervenidas” y “Regularización urbanística de las comunas 1,2 y 13” que adelantó la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en convenio con la Alcaldía de Medellín- se dieron a la tarea de pensar la ciudad como epistemología y política.

Fecha de recepción: marzo 1 de 2011

Fecha de aprobación: noviembre 23 de 2011

LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDAD DE MEDELLÍN DESDE LAS LADERAS INFORMALES. TENSIONES, RELACIONES Y LIMINARIDADES EN LA CIUDAD CONTEMPORÁNEA

Erika Andrea Ramírez Jiménez. **

Tania Helena Gómez Alarcón. ***

RESUMEN

El artículo analiza las relaciones comunidad-Estado, sus tensiones, resistencias y desafíos a la hora de imaginar y construir la ciudad, a través del análisis de categorías que transversalizan esta relación como lo son: el antagonismo entre capitalismo y democracia, la crisis del contrato social y la dicotomía ciudad formal-ciudad informal. Se relata cómo los habitantes de la periferia construyen otras simbologías alternas a las promovidas por el Estado, creando un nuevo modelo de ciudadanía y de contrato social. La sociología jurídica es la brújula que se utilizó en el estudio de la construcción de ciudad; la metodología empleada es la investigación etnográfica, que busca comprender las relaciones jurídicas, políticas, sociales y territoriales existentes en las comunidades de los barrios informales que construyen ciudad desde un orden paralelo al estatal. La caja de herramientas es la observación directa y las entrevistas realizadas en la población de los barrios Picachito y El Salado, en las comunas 6 y 13, respectivamente, de la ciudad de Medellín - Colombia.

Palabras clave: Regularización comunitaria, ciudad informal, ciudad formal, barrios periféricos de Medellín.

THE CONSTRUCTION OF MEDELLIN CITY SINCE INFORMAL HILLSIDES. TENSIONS, RELATIONS AND LIMINALITIES AT THE CONTEMPORARY CITY

ABSTRACT

This article analyzes the relations between community and State, their tensions, resistances and challenges when imagining and constructing the city, through of the analysis of categories that mainstream this relation, for example: the antagonism between capitalism and democracy, the crisis of the social contract and the dichotomy between formal and informal city. It relates how the outskirts habitants construct other alternate symbols, creating a new model of citizenship and social contract. Legal sociology is a compass that was used in the study of the construction of city; the methodology used is the ethnographic investigation, that looks for understand the legal, politics and territorial relations existing in the communities of the informal neighborhoods that construct city since a parallel order to the State. The toolbox is the direct observation and the interviews made to the population of the Picachito and El Salado neighborhoods, in 6 and 13 communes at Medellin city – Colombia.

Keywords: Community regularization, informal city, formal city, outskirts neighborhoods of Medellin.

** Correo electrónico erikaandreamirez@gmail.com. Investigadoras del Centro de Estudios Regionales del Sur -CERSUR- de Plataforma Sur de Organizaciones Sociales; también son investigadoras del grupo Cultura Violencia y Territorio asociado al INER (Instituto de Estudios Regionales). Candidatas al título de abogadas.

*** Correo electrónico taniahelena@gmail.com

LA CONSTRUCCIÓN DE LA CIUDAD DE MEDELLÍN DESDE LAS LADERAS INFORMALES. TENSIONES, RELACIONES Y LIMINARIDADES EN LA CIUDAD CONTEMPORÁNEA

*“Cuando actúas en una metrópoli sobreedificada
tienes que abrirte camino
con un hacha de carnicero.
Simplemente voy a seguir construyendo
Puedes hacer todo lo posible por detenerme”.*

Robert Moses

La ciudad es la representación fehaciente de la epistemología occidental que entiende, siente y habita el mundo desde la oposición, en ella las contradicciones son evidentes, los límites claros y los territorios definidos entre la ciudad de los pobres y la ciudad de los ricos. En la ciudad se encuentran las dicotomías por excelencia: los buenos-los malos, los ciudadanos-los no ciudadanos, lo bello-lo feo, lo blanco-lo negro, la civilidad-la barbarie, la oligarquía-el proletariado.

La ciudad de Medellín, como todas las grandes metrópolis latinoamericanas, en la década de los 70, fruto de los procesos de industrialización y violencia generalizada, tuvo un crecimiento acelerado que no fue regulado por ninguna normatividad, ya que la realidad escapa a las redes con que la ley pretende domesticarla y no existía voluntad política para promover un desarrollo equitativo de las ciudades.

Los habitantes que llegaron a la gran ciudad, desplazados de sus lugares de origen por la violencia o tras el “sueño ciudadano”¹, conforman la periferia urbana y tratan de establecer allí una conciliación entre el mundo rural y el mundo urbano. Estas comunidades están transversalizadas por un cúmulo de exclusiones sociales, políticas y económicas, lo que hace que la pobreza y el conflicto armado sean constantes que las determinan.

En esta dirección, el objetivo de la ponencia es relatar los procesos de construcción de ciudad desde los territorios no contados. Se ha contado la historia de la ciudad desde el filtro institucional, por tanto los procesos de regularización comunitaria son

1 Esto haciendo alusión al ideal de desarrollo que se nos presenta como clave del éxito, el cual se encuentra como un espejismo en la metrópoli no en el campo.

vistos como procesos anómalos, erráticos y en su defecto ilegales. Se nos impone como única posibilidad de construir ciudad la planteada por las normativas urbanas y los Planes de Ordenamiento pensados desde el poder.

Es en la ciudad donde se opera la mayor concentración de poder político, en distintas escalas, sin duda, pero siempre con la mayor eficacia instrumental. Por eso la ciudad conforma, en alguna medida, la vida del contorno regional y nacional, ordenando los cuadros dentro de lo que todas las actividades se desenvuelven, imponiendo los principios y normas que las orientan según los designios de los grupos sociales predominantes y montando los mecanismos coercitivos para asegurar su vigencia².

De ahí, el que hablar de territorios no contados en la ciudad implique abordar nuevos diálogos entre el derecho, la sociedad, el individuo y la ciudad, por lo que se hace necesario acudir a las categorías analíticas de la sociología jurídica para evitar dicotomías no explicativas del derecho como legal-ilegal, formal-informal, regular-irregular. El derecho miraría las relaciones existentes en una comunidad desde el *deber ser*, por lo que éste es autorreferente y no entiende la existencia de otros ordenes jurídicos ajenos al Estado. Por el contrario, la sociología jurídica comprende las regulaciones sociales en general, tanto las estatales como las no estatales, en este sentido, puede entender que existen derechos análogos al derecho del Estado. Pensar así la construcción de la ciudad es otra manera de imaginarla, que incluye diversas formas de habitar y es capaz de ver más allá de lo normativo.

Para las ciudades contemporáneas con brotes de miseria en las zonas de la periferia -que tienen como común denominador la irregularidad urbanística- la formación del espacio comunitario es parte del proceso de conformación del orden urbano. Es decir, la ciudad se construye también a partir de la periferia y su *regularización comunitaria*, no solamente desde el centro como parámetro de lo formal y su regularización estatal. Esta otra ciudad es construida por sus pobladores “*a su manera, respondiendo a sus necesidades, a sus formas de organización, para dar como resultado estas ciudades que conocemos hoy: caóticas, pobres, violentas, pero con una gran dosis de imaginación, de creatividad, de posibilidades de desarrollarse*”.³

Es así como los barrios Picachito y El Salado permiten analizar las múltiples posibilidades de imaginar la ciudad de Medellín, ya que es la periferia la que está

2 ROMERO, José Luis. *Situaciones e ideologías en América Latina*. Medellín, Editorial Universidad de Antioquia, 2001. Pág. 64.

3 URIBE, María Teresa. *Comentarios al texto “De la reforma urbana a la democratización de los gobiernos locales” de Alicia Ziccardi*. En: *Procesos Urbanos contemporáneos*, Medellín, Tercer mundo editores, 1995. Pág.25.

definiendo hoy los trazos de la ciudad. La ciudad informal se ha convertido en la regla fáctica por encima de la regla legal, la ciudad formal es la excepción⁴.

Barrio Picachito:

El barrio Picachito⁵ es uno de los 12 barrios que conforman la Comuna 6 de Medellín, ubicado en la zona nor-occidental de la ciudad. El proceso de construcción del barrio data del año 1976⁶. En sus inicios se trató de una zona de características rurales que se fue urbanizando en la medida en que se fue loteando el territorio por parte de la Urbanización El Picachito Agudelo Muñoz y cía. Ltda. y luego por el ICT (Instituto de Crédito Territorial), institución que intervino dicha sociedad por no tener licencia de construcción y urbanización. Hoy lo encontramos como un barrio consolidado, que reproduce las lógicas urbanas como producto de una construcción comunitaria de más de 33 años. Está habitado por población de bajos recursos, ubicada en viviendas de estrato 1 predominantemente, que en su mayoría provienen del campo, lo cual evidencia el proceso de migración de lo rural a lo urbano. Las razones son múltiples, pero se pueden generalizar en dos: la industrialización de la ciudad de Medellín, que atrajo mano de obra y erigió una creencia en la “vida desarrollada”⁷; la violencia en el campo que ha causado el desplazamiento a la ciudad, hecho este que se presenta en todas las ciudades del país, esta violencia está basada estructuralmente en la concentración de la tierra en unos pocos latifundistas, lo que genera el desplazamiento de la población rural hacia la consecución de otras formas de subsistencia en las urbes.

4 “La denominada ciudad informal se constituye en un espejo de la ciudad formal en términos del no reparto equitativo de la riqueza generada y sus complejos mecanismos de distribución. No es gratuito que la ciudad informal constituya aproximadamente el 50% de los territorios urbanos actualmente producidos y que la magnitud que han adquirido hoy por su tamaño y problemática genere preocupaciones sobre el desenvolvimiento futuro del modelo de desarrollo en un mundo globalizado, urbanizado y competitivo”. (YORI –RODRÍGUEZ, 2008, p. 136)

5 Este relato no hubiera sido posible sin las historias contadas por la comunidad y en particular por el escrito del señor Javier Madrid, habitante del barrio Picachito de hace 40 años, quien se dio a la tarea de escribir unas valiosas memorias de su comunidad, lo que da cuenta del importante proceso de participación comunitaria que han tenido estos asentamientos subnormales.

6 Año en que la Urbanización El Picachito Agudelo Muñoz y cía. Ltda. se constituye para la venta y compra de terrenos y lotes. Esta sociedad loteó de manera irregular el territorio donde se encuentra ubicado este asentamiento humano, lo cual se conoce como urbanización pirata.

7 Esto apunta a lo que anteriormente llamamos “sueño ciudadano” como un correlato del término “sueño americano”, los cuales aluden al modelo que se nos presenta como el ideal de desarrollo que debemos alcanzar para ser felices o exitosos.

Barrio El Salado:

El barrio El Salado es uno de los 19 barrios pertenecientes a la comuna 13, ubicado en la zona centro-occidental de la ciudad de Medellín. Como muchos barrios informales, El Salado tiene una historia fragmentada: la parte baja del mismo tiene una tradición de larga data –de principios del siglo XX, exactamente del año 1920- y se urbanizó a través de la modalidad del loteo de fincas; la parte alta⁸, tiene, por el contrario, una historia reciente, data de principios de los ochenta cuando las milicias⁹ populares promovieron la creación de un nuevo asentamiento, lo que convirtió esta zona en una de las más afectadas por la violencia que se desataría entre 1999-2002 con la llegada de operativos militares y paramilitares a la zona.

La población que habita estos barrios es predominantemente de clase baja y habita en viviendas de estratos 1 y 2. Sus historias de vida están hiladas por las remembranzas del conflicto armado urbano y la construcción de tejido social en condiciones sumamente precarias.

Estos barrios en sus inicios tuvieron una alta vida comunitaria, producto de un pensamiento solidario que se conformó por las múltiples necesidades que tenían sus habitantes, lo que hacía que tuvieran que unirse por una causa común y resolver inconvenientes que el Estado no iba a resolver dada su continuada ausencia.

Al respecto el señor Javier Madrid del barrio Picachito nos cuenta que:

“Aquí como se construyó sin permiso, empezamos a construir cada cual como pudo el barrio, se surtió de agua comunal en la parte alta se hizo un tanque y por ahí bajaba un arroyito, una quebradita y lo repartíamos con tubería, PVC o manguera”.¹⁰

8 Ver ANGARITA, Pablo Emilio y otros. *Dinámicas de guerra y construcción de paz. Estudio interdisciplinario del conflicto armado en la comuna 13 de Medellín*. Grupo interdisciplinario e interinstitucional de investigación sobre conflictos y violencias. Medellín, 2008.

9 En la década de finales de los ochenta principio de los noventa las organizaciones guerrilleras FARC y ELN deciden llevar el conflicto armado a las ciudades para lograr su objetivo estratégico de la toma del poder. Así, se consolidaron unos grupos armados barriales semi-permanentes que se arrogaron jurisdicción. El Estado y sus fuerzas de seguridad no podían entrar a estos territorios, por lo que la soberanía del estado llegaba hasta el límite de la ciudad formal.

10 Las entrevistas hechas en el barrio El Picachito se realizaron el 2 y el 15 de diciembre del año 2009.

Sistema-mundo-Estado-ciudad: Tensión entre capitalismo y democracia

La ciudad como hoy la conocemos es un artificio de la modernidad y del sistema económico que la atraviesa: el capitalismo. Y es importante decirlo porque la ciudad se nos presenta como un inevitable histórico y esto enmascara la ideología que la sustenta. La realidad y, en este sentido, la ciudad son construcciones humanas cargadas de representaciones, símbolos, ideologías. Sin embargo la realidad también escapa al pensamiento mismo y por esto se imponen un sin fin de situaciones difusas, absurdos, contradicciones, resistencias, que no pueden ser abarcados por la planificación. Así, la modernidad en sus inicios no alcanzó a prever que la exaltación de lo humano -a través de la idea de progreso y desarrollo- fuera a conducir a la degradación del humano mismo, condición que lo regresa al imaginado estado de naturaleza liberal-moderno-occidental. He ahí la paradoja: la civilización moldea la barbarie que pensó haber conjurado.

Hoy día todo parece llevar en su seno su propia contradicción. Vemos que las máquinas, dotadas de la propiedad maravillosa de acortar y hacer más fructífero el trabajo humano, provocan el hambre y el agotamiento del trabajador. Las fuentes de riqueza recién descubiertas se convierten, por arte de un extraño maleficio, en fuente de privaciones. Los triunfos del arte parecen adquiridos al precio de cualidades morales. El dominio del hombre sobre la naturaleza es cada vez mayor; pero al mismo tiempo, el hombre se convierte en esclavo de otros hombres o de su propia infamia. Hasta la pura luz de la ciencia parece no poder brillar más que sobre el fondo tenebroso de la ignorancia. Todos nuestros inventos y progresos parecen dotar de vida intelectual a las fuerzas materiales, mientras que reducen a la vida humana al nivel de una fuerza material bruta.¹¹

Muerte, guerra, hambre, exclusión, son los hilos que constituyen la trama de lo urbano. La ciudad fue pensada para ciudadanos que cumplieran las características de serlo, esto es ser propietarios o, en su defecto, hombres que pudieran vender su fuerza de trabajo a la ciudad misma. Esta concepción de ciudadanía tan limitada se basó en la exclusión y no en la inclusión, lo que quebrantó la posibilidad de que el hombre fuera un fin en sí mismo, convirtiéndolo en un mero instrumento en pro de la acumulación de capital. El cumplir los requisitos para ser ciudadano se torna hoy imposible para los habitantes de las grandes urbes, ya que difícilmente pueden acceder a la propiedad, a lo sumo son poseedores y reconocidos por el Estado como meros moradores. Los pobladores de lo urbano con ciudadanías limitadas, que vi-

11 MARX, Karl en BERMAN, Marshal. *Todo lo sólido se desvanece en el aire*. Buenos Aires, Siglo XXI editores, 1989. Pág. 6.

ven en territorios fragmentados son los que construyen hoy la ciudad con una idea del habitar que difiere de la ideología dominante del Estado. Es decir, la ciudad hoy está siendo pensada, sentida, vivida desde las laderas por los no ciudadanos.

Los planificadores de la ciudad viven retirados en pequeños fuertes a las afueras de la metrópoli, lugares en los que todas sus necesidades están garantizadas para no ver la pobreza, la fealdad, el desorden, la ilegalidad, la idea es no encontrarse con ello porque produce inseguridad. La modernidad tiene miedo a que el constructo societario se desestabilice, se miren los unos a los otros, se hablen y de pronto se pongan de acuerdo, las clases sociales deben estar separadas por kilómetros de cemento para evitar la transformación social.

De ahí la importancia de tratar la tensión entre capitalismo y democracia, pues resulta extraño que al mismo tiempo que se pregona bienestar común se defienda la posibilidad de que solamente unos pocos puedan hacerse ricos. La ideología dominante debe mantener el orden y al mismo tiempo la desigualdad, esto es lo que constituye el entramado del Estado moderno. La democracia ha estado ligada a procesos de socialización de la economía; el capitalismo es el sistema de acumulación de riqueza por excelencia, por tanto son ideologías antagónicas que se han fusionado de tal manera que democracia y capitalismo son discursos simultáneos que construyen la realidad de la ciudad, sin embargo el segundo se impone sobre el primero tanto en el ámbito discursivo como en el fáctico¹².

Así encontramos un Estado que interviene en suburbios urbanos para saldar la deuda con el discurso de la democracia sin resolver el problema de fondo, que se basa en la falta de una vivienda digna para los pobladores y de oportunidades reales de insertarse al mercado laboral, lo cual les permita alcanzar el estatus de ciudadanos. Esta problemática no se resolverá, ya que el Estado también tiene una deuda pendiente con los industriales, pues el capitalismo es la filigrana que lo sustenta, lo crea, lo recrea y lo vuelve a crear.

Es por esto que los procesos de regularización urbanística¹³ se presentan como las políticas públicas por excelencia en la ciudad de Medellín, sin embargo, uno de los problemas principales que enfrentan estos procesos de regularización es que

12 No se trata de separar discurso y realidad, ya que entendemos que son estructuras inescindibles. El discurso crea la realidad y la realidad el discurso, en términos humanos, no hay hechos que no pasen por el filtro del lenguaje.

13 Los procesos de regularización urbanística son aquellos que intentan adecuar la ciudad informal al Plan de Ordenamiento Territorial, flexibilizando la norma para que puedan ser incluidos en la ciudad formal, lo cual implicará la inserción de estos habitantes al sistema financiero y a la cultura de los impuestos. La regularización busca entonces contrarrestar tres problemas fundamentales de la urbanización popular: en primer lugar, el problema de la ilegalidad en la tenencia del suelo urbano; en segundo lugar, el problema de la informalidad en la construcción; en tercer lugar, el problema de la informalidad sistémica del asentamiento, es decir, falta de espacio público, vías,

las condiciones estructurales que llevan a la creación de una ciudad informal no desaparecen con las intervenciones urbanísticas que estos procesos proyectan. Estos proyectos no resultan sostenibles en el tiempo, pues a pesar de que solucionan problemas físicos, no se solucionan problemas estructurales como la falta de ingresos económicos, lo que hace que la gente no pueda asumir los costos de una mejor calidad de vida, ya que los impuestos y los Servicios Públicos Domiciliarios suben, pero los ingresos se mantienen e incluso disminuyen.

El conflicto armado continúa expulsando gente del campo hacia la ciudad y las condiciones económicas de los habitantes de la ciudad periférica o la ciudad informal siguen siendo sumamente precarias, lo que lleva a que mientras los procesos de regularización se centran en una parte de la población que habita en asentamientos más consolidados, más allá, en la periferia de la periferia, nuevos habitantes comienzan de cero con su tarea de construir territorio y de habitar la ciudad. Estos nuevos habitantes de la ciudad siguen el camino que los otros ya recorrieron. La madera, las latas y el paroid son las únicas posibilidades de un techo, no hay vías, mucho menos alcantarillado o acueducto brindado por el Estado. En una lógica cíclica y perversa, ellos tienen que iniciar los procesos de urbanización popular para que el Estado inicie con ellos procesos de regularización cuando la realidad sea tan abrumadora que no tenga más opción que reconocer el real mapa de la ciudad.

Los gobernantes en el antagonismo entre capitalismo y democracia no pueden salir del laberinto de las ciudades excluidas, ya que esta dicotomía que encarna la ideología neoliberal entiende la informalidad solo como un asunto urbanístico y no como una política integral que mejore las condiciones económicas, sociales y políticas de los habitantes de nuestro país y que esté unida a una reforma urbana y agraria que garantice un crecimiento sostenible de las ciudades y del campo.

Ciudadanía y contrato social

El contrato social que se da en nuestras sociedades contemporáneas bebe de una elaboración restringida del concepto de ciudadanía que está íntimamente ligado a la propiedad, por tanto se trata de un contrato minoritario, ya que en estas grandes urbes -invadidas de periferia- la regla es la posesión y no la propiedad.

En las democracias occidentales, hasta bien entrado el siglo XIX, la propiedad era un requisito de la ciudadanía. En esas mismas sociedades, hoy en día, los

equipamientos, etc. Para que el proceso de regularización sea integral se deben resolver los tres problemas: la informalidad en la tenencia, la informalidad en la construcción y la informalidad del asentamiento.

inquilinos y los propietarios tienen los mismos derechos como ciudadanos. Sin embargo, ello no significa que el nexo entre propiedad y ciudadanía haya desaparecido por completo del planeta. La capacidad de ejercer ciertos derechos frente al Estado varía según el estatuto de ocupación de la vivienda, ya que son muchos los habitantes de barrios pobres en los países subdesarrollados que, por tener una posesión “irregular” de la vivienda que ocupan –es decir, por no tener derechos de exclusión reconocidos por el Estado–, no tienen el mismo acceso a los bienes públicos urbanos que aquellos que habitan en las áreas “regulares” de la ciudad. Lo interesante es que no se trata solo de una cuestión de hecho, sino que las autoridades estatales niegan la prestación de los servicios a determinados barrios esgrimiendo en forma explícita el argumento de que sus habitantes son ocupantes sin derechos¹⁴

En este sentido, encontramos que en los barrios periféricos el acceso a la justicia, la educación, la salud y al sistema financiero se encuentra limitado o es casi inexistente por la condición de vulnerabilidad económica de sus habitantes, que está basada en su posición de no propietario o en el desempleo, lo cual riñe con una concepción social y democrática de la economía.

El no reconocer el derecho de los habitantes de barrios informales los sitúa fuera del contrato social, pues no se les está garantizando derechos esenciales a buena parte de los ciudadanos del territorio nacional, que son los que cada día acrecientan los índices de población de las grandes ciudades. Esto presupone varias cosas: que el Estado no es soberano en tanto no hace presencia en varios lugares del territorio nacional y carece de omnipresencia, ya que no puede hacer valer su regulación en su jurisdicción.

Para el Estado los asentamientos informales, sus habitantes, sus construcciones, sus imaginarios se encuentran por fuera del pacto social y por tanto en un evidente estado de naturaleza. *“En las zonas civilizadas el estado actúa democráticamente, como Estado protector, aunque muchas veces ineficaz o no confiable. En las zonas salvajes, el Estado actúa de manera facista, como Estado depredador, sin el menor propósito, incluso aparente de respetar el derecho”*.¹⁵

En tanto la simbología estatal no ha incluido a los habitantes periféricos, estos han optado por construir su propia simbología que les permita sobrevivir en la ciudad manteniendo sus referentes culturales y sociales, construyendo así un mito fundacional que los posiciona como comunidad valerosa en la urbe, pues han

14 AZUELA DE LA CUEVA, A. *Vivienda y propiedad privada*. En: Revista Mexicana de Sociología, Vol. 57, N°1, 1995. Pág. 46

15 DE SOUSA SANTOS, Boaventura.; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Colombia: el revés del contrato social de la modernidad*. En: El caleidoscopio de las justicias, 2001. Pág. 31.

construido sus barrios a pesar de los obstáculos oficialistas. La comunidad es la que da solución a las necesidades básicas como la construcción de infraestructura para abastecerse de los servicios de necesidad común como son la escuela, el acueducto, el alumbrado público, la sede comunal, vías de acceso, etc. En este sentido, los pobladores de estos barrios informales al mismo tiempo en que construyen su escenario privado construyen también el escenario público. El sufrir las mismas necesidades ha hecho que estos habitantes se congreguen y trabajen por un objetivo común, lo que crea una vida comunitaria activa. *“La irregularidad es un factor que contribuye a mantener unidos a los miembros de la comunidad, lo que da continuidad a las luchas por los servicios”*.¹⁶

Todos los mitos fundacionales se estructuran en un antes y un después de la emergencia del héroe, sea este individual o colectivo. El mito fundacional es una narración épica que construye el imaginario colectivo de una comunidad, éste se estructura a partir de un hito histórico impulsado por la acción de un sujeto que marca una nueva temporalidad política, donde antes de la ocurrencia de este hito el caos y la nada reinaban y con la emergencia del héroe el orden y el todo moldean la realidad. Dicho de otro modo, al principio no había nada, el héroe transforma esa nada en algo, ordenando el caos, esa es la génesis de la construcción. En esta dirección Raquel Rueda, habitante del barrio Picachito, dice: *“Cuando yo llegué a este barrio, era un barrio incierto, como se dice, era más que un desierto porque en este barrio no habían vías de acceso, no habían vías de comunicación, mejor dicho no habían servicios públicos porque era como una selva, porque nosotros subíamos desde abajo hasta la 80, hasta acá y esto por aquí todo eran árboles, mangas, rastrojo”*.

Ellos consideran que las condiciones que afrontaron al inicio de su proceso de construcción del barrio fueron sumamente difíciles, esto engrandece el carácter del colono y la memoria de su comunidad. En el barrio Picachito, presenciamos una situación muy particular, ya que dos de sus pobladores se arrojan ser los que pusieron la primera piedra para la construcción de la escuela, esto evidencia que las historias de vida de los pobladores están íntimamente ligadas a la vida de los barrios, a sus hechos más simples, a sus silenciosas y fuertes dinámicas. Así, la señora Raquel Rueda narra: *“La escuela fue construida por mi familia, porque nosotros desde abajo, desde la carretera traíamos los materiales para esa escuela, la primera piedra que se trajo para esa escuela la trajo mi hijo en el hombro”*.

16 AZUELA DE LA CUEVA, A. *Vivienda y propiedad privada*. En: Revista Mexicana de Sociología, Vol. 57, N°1, 1995. Pág.38.

Y el señor Javier Madrid nos contó orgulloso:

El presidente de la Junta de Acción Comunal nos reunimos el sábado, entonces decidimos que al otro día en convite haríamos la escuela, como a mí siempre me ha gustado madrugar yo llego siempre en un tiempo razonable, más bien esperar que no que me esperen, se llegaron las 7 de la mañana y yo parado aquí con el pico y la pala sin saber para donde coger, yo no veía a nadie y como a las 7 y 30 dije: me voy. Me puse a pelar un barranco, entonces la primera piedra para la construcción de la escuela la puse yo.

Construir el barrio no es solo un asunto urbanístico sino vital. La memoria de los pobladores de estos dos asentamientos y sus actuales procesos de organización se nutren de una historia de lucha y autogestión que llevaron a cabo los viejos y que hoy han asumido los jóvenes. En este sentido, Albeiro Ospina del barrio El Salado nos cuenta que: *“Los acueductos se construyeron por las Juntas de Acción Comunal, los barrios han sido construidos por las juntas de acción comunal anteriores, la escuela Pedro J. Gómez se construyó ladrillo a ladrillo a través de la famosa minga o convite”*.¹⁷

El mito fundacional de los barrios periféricos, que inicia con la construcción de equipamientos públicos da pie a que se conforme un orden jurídico alterno al estatal, ya que las comunidades allí asentadas imparten justicia, regulan los usos del suelo, resuelven los problemas vecinales. En estos asentamientos el conflicto armado es una constante, por lo que la presencia de grupos armados alternos al Estado es común desde finales del siglo XX. En los noventa hubo conformación de milicias urbanas y en la actualidad existen estructuras armadas asociadas al narcotráfico y al paramilitarismo. Es evidente, entonces, que en las laderas de Medellín hay una disputa del monopolio de la violencia y del derecho al Estado.

Los planificadores de la ciudad han entendido que existe una sola manera de habitar el mundo y, en este sentido, enfocan los Planes de Ordenamiento Territorial, obviando la amalgama de diversidades culturales que existen en nuestros países latinoamericanos. Se impone así una sola forma de construir ciudad desde lo estatal que no concilia con los intereses multiétnicos de sus habitantes; el contrato se impone, no se somete a discusión. *“La nueva contractualización es, en cuanto a contractualización social, un falso contrato, una mera apariencia de compromiso constituido bajo condiciones impuestas y sin que la parte más débil intervenga en su discusión; condiciones estas tan onerosas como inaceptables.”*¹⁸

17 Las entrevistas realizadas en el barrio El Salado y Las Independencias 1 y 2 se llevaron a cabo el día 16 de diciembre de 2009.

18 DE SOUSA SANTOS, Boaventura.; GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Colombia: el revés del contrato social de la modernidad*. En: El caleidoscopio de las justicias. 2001. Pág. 27

Ciudad formal–ciudad informal: El surgimiento de una nueva ciudadanía

Un asentamiento subnormal se nombra como tal por no corresponder a las normas urbanas dadas por el Estado, por lo tanto el asentamiento formal está basado en la obediencia a las normativas del Plan de Ordenamiento Territorial establecido por cada municipalidad.

El Estado como administrador de la nación traza las reglas (legislativo), las hace cumplir (ejecutivo) y sanciona al que no las cumpla (judicial), *modus operandi* que lo asemeja al “buen padre de familia” a gran escala. Siguiendo la línea de asimilación, los ciudadanos como hijos menores¹⁹ deben acogerse a la regla de casa, por lo que el hijo que no la acoja será el hijo rebelde, hijo al que habrá que castigar y negar ciertos beneficios a los que tendría derecho si estuviera conforme a la norma. Este ejemplo para significar que pasa lo mismo en el caso de los asentamientos informales y formales, los primeros son hijos rebeldes del Estado y los segundos son los buenos hijos; en esa medida, a los primeros se les niegan ciertos derechos que a los segundos no, dado el carácter retribucionista del padre.

Para ejercer el derecho ciudadano es necesario habitar en una zona formal de la ciudad, lo cual devela el mensaje secreto: es necesario ser propietario para ejercer la ciudadanía, pues la razón fundamental por la que se identifica a los asentamientos subnormales es la carencia del título de propiedad de los predios de sus habitantes y esto hace que no reciban el mismo trato que los propietarios. “*Si se reconoce que el acceso a los bienes colectivos propios de la vida urbana forma parte de los derechos ciudadanos, se tiene que concluir que al negar este acceso a los “irregulares” por no poder acreditar derechos de propiedad, existe una restricción a los derechos ciudadanos fundada en la carencia de otros derechos, lo que equivale a decir que contar con derechos de propiedad es todavía hoy, un requisito para el pleno ejercicio de la ciudadanía.*”

Las primeras discusiones sobre la ciudad latinoamericana fueron las discusiones sobre la Ciudad Dual (formal-informal) que se dieron en los años sesenta y reducían la realidad de las invasiones a un problema de control y gobernabilidad. Posteriormente, Boaventura de Sousa en los setenta centró su análisis en “*los conflictos por la tierra y las prácticas alternativas de solución que se conceptualizaron a través de la idea de pluralismo jurídico*”²⁰; Falcão en los ochenta, estudia el derecho de

19 Que no hijos mayores, ya que estos se encuentran fuera de la patria potestad del padre y como ciudadanos estamos bajo la patria potestad del Estado.

20 RINCÓN, Analida. *Legalidades colectivas: historia de los espacios no consentidos*. En: Espacios urbanos no consentidos. Legalidad e ilegalidad en la producción de la ciudad. Colombia y Brasil. RINCÓN, A.

propiedad y sus aristas en invasiones urbanas; Rolnik y Fernández se preguntaron -a principios de los 90- sobre el papel y la responsabilidad del Estado en la producción de legalidades e ilegalidades, en los ámbitos socio-espaciales; a finales de los 90, los autores latinoamericanos centraron su análisis en *“la democratización de la institucionalidad jurídica y parten del supuesto de que los instrumentos jurídicos además de no reflejar la realidad social, determinan condiciones inequitativas de acceso a la tierra y a la vivienda.”*²¹

Sin embargo, las dicotomías formal- informal, regular- irregular, legal-ilegal, siguen siendo realidades ideológicas que relatan la modernidad, la cual reproducirá -como en una sucesión infinita de fractales- el mismo esquema. Esto es fruto del pensamiento binario occidental que ficcionaliza el mundo incluyendo a unos y excluyendo a otros. Es posible imaginar y construir el mundo de otra manera en el que la armonía y la inclusión sean su constituyente fundamental.

A pesar de las carencias que puedan tener los habitantes de las laderas informales, en muchos de sus relatos la solidaridad es el referente fundamental a la hora de construir ciudad. El Apoyo Mutuo que Kropotkin esbozó se hace tangible en estos lugares como única posibilidad de sobrevivencia, así el discurso de la solidaridad reemplaza el discurso de los derechos. Estos nuevos ciudadanos han creado una simbología propia porque les ha sido vedada la posibilidad de estar dentro del contrato social formal, la informalidad construye otro contrato social dentro de la ciudad. *“Ninguna sociedad, sea ella tradicional o moderna, funciona sin ideales, es decir, sin referentes morales que impongan restricciones o límites a los individuos en su proceso de intercambio. La sanción, la norma, la obligación, el cumplimiento, la obediencia son los elementos de la coerción y de la cohesión social que progresivamente permiten el proceso de integración o de estructuración de las sociedades.”*²²

Esta nueva ciudadanía deconstruye los conceptos excluyentes que ha utilizado el Estado para referirse a su particular manera de construir ciudad desconociendo los alcances de la norma legal. Así, Raquel Rueda define la ciudad informal como: *“Un Barrio informal es donde los habitantes son un poco egoístas, que no quieren compartir, como que a mí no me importa que mi vecino se muera de hambre, a mí no me importa que allá se les esté entrando el agua, así como los barrios ricos”*. (Entrevista realizada a Raquel Rueda, barrio El Picachito).

(Compiladora). Medellín. Pág. 49.

21 Ibid. Pág. 43

22 RUBIANO, Rafael. *Problemas analíticos sobre las relaciones entre libertad, justicia y moral*. En Mesa Redonda: Anomia y modernidad. Bogotá, UNAL, 2008, p. 209-249. Pág. 219

Así, ellos definen la ciudad informal como aquella en donde las relaciones sociales están fragmentadas y el individualismo-el que promueve la ciudad cuadrícula- es el referente de relación de unos seres humanos con otros.

Por el contrario, definen un barrio formal haciendo hincapié en las características que ellos consideran positivas de sus barrios: *“Mi barrio es un barrio formal porque sus habitantes todos son muy gente, hay muy buena convivencia, si hay un difunto todos nos reunimos, si no hay con que enterrarlo, yo me paro en una esquina con un tarro toda la noche a pedir plata para el entierro, si hay un enfermo todos vamos a verlo”*. (Entrevista realizada a Raquel Rueda, barrio El Picachito).

El señor Ernesto Atehortúa confirma nuestra hipótesis cuando afirma: *“Un barrio formal son aquellos que no tienen tanto conflicto, que tienen convivencia entre familias”*.

Esta dicotomía entre ciudad formal y ciudad informal está en permanente negociación, dándose una relación tensión constante, ya que una interviene en la otra y viceversa con materialidades, prácticas y simbologías. Por ejemplo, sectores simbólica y materialmente formales se ven invadidos por prácticas informales: el centro administrativo la Alpujarra, en el que se encuentra toda la representación simbólica del poder estatal convive diariamente con vendedores ambulantes que buscan su sustento a través de prácticas informales de la economía. Así también, en zonas de la ciudad que son abiertamente conocidas simbólica y materialmente como informales incursionan prácticas formales: barrios de la periferia identificados como sectores de invasión se vinculan a prácticas formales como el pago de servicios públicos e impuesto predial.

Construcción ciudad a partir de la perifera

Como bien lo afirman (De Sousa Santos, B., 1991), (Gómez, G. 2001) (Rincón, A., 2005) y (Duhau, E., 2002)²³, la forma como estos pobladores de la periferia

23 Boaventura de Sousa en su estudio sobre la comunidad de Pasárgada encontró que las comunidades que habitan la periferia de la ciudad construyen territorio a través de la definición de unas normas jurídicas, es decir, el habitar está condicionado por el cómo habitar y el proyecto de barrio que tiene la comunidad en su conjunto. Gabriel Ignacio Gómez analiza los casos del barrio Moravia en Medellín y el barrio Jerusalén en Bogotá y encuentra que la delimitación de usos del suelo y las luchas -por un reconocimiento institucional a través de la prestación de servicios básicos- han marcado la historia de estos barrios y los ha consolidado como sujetos de acción colectiva en las ciudades a pesar de las dramáticas carencias que padecen sus habitantes, es decir, las luchas sociales que los habitantes de estos barrios han dado por tener condiciones de vida más dignas: en Moravia a través de la creación de la cooperativa de recicladores RECUPERAR y en Jerusalén a través del paro que llevaron a cabo sus habitantes, exigiendo la prestación de servicios básicos,

habitan las ciudades, delimitan las normas de usos del suelo, las formas de construcción, la ubicación de las viviendas, construyen carreteras y solucionan los problemas de acceso a los servicios básicos, no puede ser llamado ilegalidad o irregularidad a secas, corriendo el riesgo de tener como marco de visión una teoría tan estrecha que no nos permita mirar más allá del Estado. Debemos entender estas construcciones colectivas como acuerdos sociales a los que han llegado los habitantes de estos barrios para garantizar la convivencia dentro de la comunidad.

Los primeros antecedentes de la regularización de los barrios informales corresponden a la misma comunidad y se dieron en el momento en que los hombres que llegaron de las montañas a habitar el cemento entendieron que tendrían que suplir no solo necesidades individuales como la vivienda y la alimentación, sino también necesidades colectivas como la garantía de servicios básicos para la vida en comunidad. En la ciudad se rompe todo proceso de simbiosis con el medio natural, es por ello que a través de medios artificiales debe proveerse el hombre de lo necesario para vivir; la construcción de los barrios, de sus vías de acceso, de los acueductos comunales, son procesos que generan una regularidad, que es la regularidad que las carencias y las posibilidades económicas de los habitantes del barrio permiten. Así, la Administración del Estado llega cuando las comunidades ya han construido, es decir, esta no construye sino que regula lo ya construido y lo hace de la mano de los impuestos.

Los planificadores urbanos y gobernantes tienen responsabilidad directa en las dinámicas de la periferia, obedeciendo a la ideología neoliberal que está sustentada en la tensión capitalismo-democracia, constituyente del Estado moderno y su contrato social; dicha tensión se reproduce en la antinomia ciudad informal-ciudad formal. De ahí que la ciudad informal pueda establecerse como un territorio en el que se conforman otros sentidos del habitar paralelos a los estatales, disputándole el monopolio al Estado en la construcción de la ciudad.

Bibliografía:

ANGARITA, P. E.; JIMÉNEZ, B. I.; LONDOÑO, H. L.; SÁNCHEZ, L. A.; MEDINA, G.; RUIZ, L. D.; RAMÍREZ, M. E. **Dinámicas de guerra y construcción de paz. Estudio interdisciplinario del conflicto armado en la comuna 13 de Medellín.**

lo que consolida la ciudadanía en estos lugares. Analida Rincón habla de legalidades colectivas a la hora de explicar los procesos de poblamiento de la ciudad informal en las grandes metrópolis latinoamericanas. Emile Duhau habla, por su parte, de urbanización popular cuando se refiere a las formas en las que los pobladores de la periferia territorializan el suelo urbano.

- Grupo interdisciplinario e interinstitucional de investigación sobre conflictos y violencias. Medellín, 2008.
- BERMAN, M. **Todo lo sólido se desvanece en el aire**. Buenos Aires: Siglo XXI editores, 1989.
- AZUELA DE LA CUEVA, A. **Vivienda y propiedad privada**. En Revista Mexicana de Sociología, Vol. 57, Nº1, 1995.
- DE SOUSA SANTOS, B. **Estado, Derecho y Luchas Sociales**. Instituto latinoamericano de servicios legales alternativos, 1991.
- DE SOUSA SANTOS, B.; GARCÍA VILLEGAS, M. **Colombia: el revés del contrato social de la modernidad**. En El caleidoscopio de las justicias. 2001
- DUHAU, E. **Dimensiones Socio-Políticas De La Irregularidad Y La Regularización De Los Asentamientos Populares**. Documento preparado para el Curso de Desarrollo Profesional sobre Mercados Informales. Lincoln Institute of LandPolicy, Universidad Autónoma Metropolitana Azcapotzalco, Departamento de Sociología, 2002
- GÓMEZ, G. I. **Justicia comunitaria en zonas urbanas**. En El caleidoscopio de las justicias en Colombia. Compiladores: De SOUSA Santos, Boaventura y Garcia Villegas, Mauricio. Siglo del hombre Editores, 2001.
- RINCÓN, A. **Legalidades colectivas: historia de los espacios no consentidos**. En Espacios urbanos no consentidos. Legalidad e ilegalidad en la producción de la ciudad. Colombia y Brasil. RINCÓN, A. (Compiladora). Medellín.
- ROMERO, J.L. **Situaciones e ideologías en América Latina**. Medellín: Universidad de Antioquia, 2001.
- RUBIANO, R. **Problemas analíticos sobre las relaciones entre libertad, justicia y moral**. En Mesa Redonda: Anomia y modernidad. Bogotá: UNAL, 2008, p. 209-249
- URIBE, M. T. **Comentarios al texto “De la reforma urbana a la democratización de los gobiernos locales” de Alicia Ziccardi**. En Procesos Urbanos contemporáneos, Medellín, Tercer mundo editores, 1995.
- YORI, C. M. **Pensando “en clave” de hábitat. Una búsqueda por algo más que un techo**. Carlos Mario Yori. (Editor Académico). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Sede Bogotá, Facultad de Artes, 2008



Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13
Correo electrónico: imprinta@quimbaya.udea.edu.co
Impreso en diciembre de 2011

