





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 LXIX —segunda época— Junio de 2012  
Volumen LXIX, N° 153



**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

EBSCO Publishing. Estados Unidos

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.

Autores de obras en separatas

**Jenaro Mejía Kintana**, Nació Campamento Antioquia en 1957. Se radicó en Urabá desde hace 41 años. Pintor, escultor, grabador, ilustrador y poeta autodidacta. Expone sus obras desde 1978. Ha participado en unas cuarenta (40) exposiciones individuales y colectivas, en ciudades colombianas como Apartado, Medellín, Cali, Cartagena y Bogotá. Su obra ha sido expuesta también en ciudades de Francia como Grenoble, Macon, Lyon y París. En este país permaneció ocho meses (2009-2010). Está invitado a exponer en Bruselas y París para el año 2013. Su obra es considerada sui géneris por el manejo de los colores primarios, por sus trazos fuertes y simples, y por los pigmentos y soportes utilizados, como tierra y gredas, maderas recuperadas de las casas abandonadas por las familias desplazadas y cartones utilizados en los empaques de frutas de exportación.

**Joaquín Mario Murillo**, Nació en Itagüí en 1960, estudió artes plásticas un año en el Instituto de bellas Artes de Medellín y 4 años en la facultad de artes de la U. de A. en la década de los 80 viajó a los llanos orientales de Colombia y posteriormente se radicó en Urabá en medio de la naturaleza que, de hecho, constituye la temática central de su trabajo, enfatizando en la flora y fauna del trópico húmedo y pintando además temas étnicos. Aunque ha explorado otras técnicas, la mayor parte de su trabajo la ha desarrollado en óleo a espátula.

**Mauricio Escobar Martínez**, Artista nacido en Medellín en 1958. Su obra destaca a nivel regional en varios campos: en artes plásticas con fotografía e instalaciones; en literatura, con el primer volumen de poemas titulado "Poesía Franca". En cinematografía, cuenta con "Ritmos del Equilibrista", documental sobre la vida y obra del poeta Juan Mares. En la actualidad está en producción de un largometraje de ficción y además prepara una publicación de cuentos.

Traductor de resúmenes: David Ignacio Jaramillo, 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 126

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

Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@gmail.com

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: imprenta@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
<b>La tensión entre constitucionalismo y democracia</b>	
<i>Francisco Cortés Rodas</i> .....	13-32
<b>La descentralización Colombiana en el marco de la comunidad andina (can)</b>	
<i>Carolina Blanco Alvarado</i> .....	33-49
<b>La ejecución de las normatividades penales en Colombia: 1888-1910</b>	
<i>Lina Adarve Calle</i> .....	51-67
<b>Walter Benjamin: una crítica a la violencia del derecho</b>	
<i>Adriana María Ruiz Gutiérrez</i> .....	69-87
<b>Asimetrías del poder, resistencias y derechos de las víctimas frente a los procesos de justicia y paz</b>	
<i>Gabriel Ignacio Gómez</i> .....	89-112
<b>La naturaleza jurídica de la dignidad humana: un análisis comparado de la jurisprudencia del tribunal constitucional español y el tribunal constitucional federal alemán</b>	
<i>Daniela Damaris Viteri Custodio</i> .....	113-145
<b>Reflexiones sobre las concepciones y los métodos para el estudio del derecho privado</b>	
<i>Sandra Eliana Cataño Berrío</i> .....	147-165-

<b>La mediación familiar en un marco transformador</b>	
<i>Miguel Ángel Montoya Sánchez</i>	
<i>Isabel Puerta Lopera</i> .....	<b>167-186-</b>
<b>La verdad y la justicia premial en el proceso penal colombiano</b>	
<i>Yeison Manco López*</i> .....	<b>187-214-</b>
<b>Modelo hermenéutico del debido proceso en Colombia</b>	
<i>Jorge Eliécer Cardona Jiménez</i> .....	<b>215-244-</b>
<b>La legitimación en la causa y su aplicación en la acción de simulación incoada por compañeros permanentes en Colombia</b>	
<i>Juan Esteban Ospina Loaiza</i> .....	<b>245-266-</b>
<b>La flexibilidad probatoria en el procedimiento de la corte interamericana de derechos humanos</b>	
<i>María Isabel Uribe y otros</i> .....	<b>267-286-</b>
<b>La ductilidad de los principios constitucionales en materia tributaria</b>	
<i>Carolina Ariza Zapata</i> .....	<b>287-314-</b>
<b>El sistema penal acusatorio y su incidencia en los problemas de justicia en el municipio de andes: el caso del menor de edad como víctima de violencia sexual</b>	
<i>Nora Alba Cossio Acevedo</i> .....	<b>315-340-</b>
<b>Reseñas</b>	
<i>Iván Garzón Vallejo</i> .....	<b>343-</b>
<i>David Sierra Sorockinas</i> .....	<b>347-</b>

## EDITORIAL

En octubre de 1912, el estudiante Francisco de Paula Pérez, quien cursaba el segundo año de sus estudios de Derecho, y el Doctor Fernando Vélez, profesor de la Facultad, quien acababa de publicar en París la segunda edición de su obra *Estudio Sobre el Derecho Civil Colombiano*, fundaron la Revista *Estudios de Derecho*, que ahora está celebrando su primer centenario. El primer número se publicó bajo la dirección del Doctor Rafael Botero R.

Los dos fundadores, egresados de nuestra facultad, llegaron a ocupar cargos destacados y a incidir en la vida política y académica de nuestro país. El primero de ellos fundó en el mismo año el periódico *El Colombiano*.

La Revista fue publicada regularmente hasta 1936, cuando se suspendió su edición con ocasión de los sucesos políticos que se originaron con las políticas de “La Revolución en Marcha” del Presidente López Pumarejo, que dieron lugar a enfrentamientos y debates entre liberales y conservadores, una de cuyas consecuencias fue la creación de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana por un grupo de estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia. En 1939 volvió a salir la Revista, en lo que se conoce como la segunda etapa y, desde entonces, hasta hoy, ha salido de manera continua.

En el año de 1959 fue nombrado director, el Doctor Benigno Mantilla Pineda, un ilustrado ecuatoriano, que por celadas del destino cayó entre nosotros y para bien se quedó. El Doctor Mantilla fue inicialmente profesor de Literatura en el Liceo de la Universidad de Antioquia, luego profesor de Sociología Jurídica, de Filosofía del Derecho y de varios seminarios, como uno sobre Kelsen y otro sobre raíces griegas y latinas. Además, ya en edad avanzada, se graduó como abogado. Difícil conocer una persona tan sabia y tan generosa con el conocimiento. En varias ocasiones, sobre temas diversos lo consulté y en respuesta me recomendó algunos textos que él mismo me facilitó, los que aparecían subrayados de comienzo a fin. El Doctor Mantilla la dirigió hasta el año 2003. La posicionó nacional e internacionalmente, y hoy la Revista tiene como uno de sus activos el canje que opera con instituciones similares de diversas latitudes. Es un hecho notorio, entonces, que la visibilidad que en cualquier sentido tiene hoy la Revista, se debe, en gran parte, al trabajo callado, constante y serio del Doctor Mantilla, quien ya no está con nosotros. En Editorial de esta Revista, correspondiente al número 149 en el 2010, escrito por Jesús Vallejo Mejía, uno de sus alumnos, se lee: “Era un catedrático serio y sumamente responsable, al estilo de los profesores europeos. Siempre lo veíamos en su oficina del primer piso del edificio de la carrera Girardot leyendo, tomando notas,

elaborando fichas, escribiendo sus textos, sin perder un ápice de tiempo, haciendo gala de férrea disciplina. No se daba el lujo de improvisar y por eso leía en clase sus lecciones, adobándolas cuando la ocasión lo requería de comentarios adicionales que denotaban la magnitud inconmensurable de sus conocimientos. La bibliografía que traía a colación era tan selecta como extensa, siempre atinente a los temas que trataba con envidiable fluidez.”

La Revista Estudios de Derecho, decana de las revistas jurídicas del país, ha tenido entre sus colaboradores no solamente destacados abogados, sino también filósofos, economistas, sociólogos, nacionales y extranjeros.

Hoy podemos señalar que la Revista se encuentra en bases e índices como Sociological Abstracts de Estados Unidos, Gale-Cengage Learning, de Estados Unidos, International Bibliography of the Social Sciences ( IBSS ) de Inglaterra. Citas Latinoamericanas en Ciencias Sociales y Humanidades ( CLASE ), México. Latindex, México. En el Publindex de Colciencias está indexada en categoría B.

Todos los números que se han publicado desde el año 2004 están en la página Web y próximamente lo estarán todos desde su creación pues se avanza en ese proceso.

Las revistas que se publican en el área de las ciencias sociales siempre han tenido desventajas para su acreditación frente a sus similares en otras áreas de conocimiento. Colciencias, la Entidad a cuyo cargo está la indexación de ellas en Colombia, no ha manejado una política racional y coherente. Se dio un predominio fuerte a los artículos de investigación, cuando en las áreas de las ciencias sociales los centros de investigación y los grupos de investigación estaban en su inicio. Ahora que los grupos se han venido consolidando nos anuncian otros criterios, importados, que poco consultan nuestra realidad académica. Son políticas poco estimulantes para el desarrollo de las revistas, por lo que, Colciencias, entidad que debe buscar su desarrollo, en el fondo se convierte en su principal obstáculo.

A pesar de lo anterior, consideramos que la Revista debe empezar sus segundos cien años con ambiciones y continuar su trabajo que la mantenga en el sitio en que se encuentra en el concierto de las revistas jurídicas. Por ello la efemérides que se acerca la celebraremos con orgullo y alegría.

El próximo 25 de octubre, en el Paraninfo de la Universidad de Antioquia tendrá lugar la ceremonia central con la cual celebraremos los 100 años de la Revista y en el cual rendiremos un merecido homenaje de agradecimiento al Doctor Mantilla Pineda.

RAÚL HUMBERTO OCHOA CARVAJAL  
Director.



Autor: Jenaro Mejía Kintana

Título: Sin título

Técnica: óleo sobre lienzo

Dimensión: 30 x 30 cm

Año: 1996

## ***LA TENSION ENTRE CONSTITUCIO NALISMO Y DEMOCRACIA\****

---

\* Este artículo hace parte del proyecto de investigación: “Los fundamentos normativos de la democracia y el problema de la representación política”, aprobado por el Centro de Investigación de la Universidad de Antioquia CODI.

Fecha de recepción: marzo 21 de 2012

Fecha de aprobación: mayo 10 de 2012

## LA TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

*Francisco Cortés Rodas\*\**

### RESUMEN

En este artículo se hace un estudio y análisis histórico de la oposición entre constitucionalismo y democracia desde la modernidad hasta el presente. En el constitucionalismo democrático se establece que una constitución debe servir para limitar las posibles decisiones que pueda tomar el legislador democrático. Para los teóricos de la democracia mayoritaria o plebiscitaria una constitución no puede constituirse en un límite para las decisiones de la mayoría. Ellos defienden la supremacía de la política y de su prioridad sobre el derecho. Por medio de la presentación de las tesis básicas de Locke, Rousseau, Sieyes, Paine, Hamilton, Dworkin y Ferrajoli se desarrolla la tensión entre constitucionalismo y democracia y se muestran sus límites y perspectivas en la discusión contemporánea sobre el pensamiento democrático.

**Palabras clave:** Constitucionalismo, democracia mayoritaria, límite, política, Derecho, constitución.

### THE TENSION BETWEEN CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY

#### ABSTRACT

This article is about both a study and historical analysis of the opposition between constitutionalism and democracy since the modernity until the present. In the democratic constitutionalism the constitution should ser to limit the possible decisions that can take a democratic legislator. For the theorist of the majoritarian democracy the constitution can't be a limit to the majority decisions. They defend the politic supremacy and the priority over the law. By the presentation of the basic thesis of Locke, Rousseau, Sieyes, Paine, Hamilton, Dworkin and Ferrajoli develops the tension between constitutionalism and democracy and shows the limits and the perspectives in the contemporary discussion about the democratic thought.

**Key Words:** constitutionalism, majoritarian democracy, limit, politic, law, constitution.

---

\*\* Instituto de Filosofía, Universidad de Antioquia, E-mail: franciscocortes2007@gmail.com

## LA TENSIÓN ENTRE CONSTITUCIONALISMO Y DEMOCRACIA

La tensión aparentemente irresoluble entre constitucionalismo y democracia tiene una larga historia y determina en gran medida la tradición política desde la modernidad hasta el presente. Esta tensión puede ser formulada de una variedad de maneras. En el constitucionalismo democrático una constitución se define estableciendo que su función básica es negativa: quitarle ciertas decisiones al proceso democrático, limitar las acciones de la comunidad. Como ley de orden superior, la Constitución no puede ser cambiada por las asambleas elegidas popularmente, según los procedimientos normales de creación de las leyes, porque los cambios que alteren o deroguen normas constitucionales están condicionados a la adopción de procedimientos gravosos y de larga duración, predispuestos para tal fin.

En este sentido, el constitucionalismo democrático afirma que para garantizar la democracia es necesario quitarle constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar aquellos principios fundamentales que el legislador democrático, el pueblo como constituyente primario, o sus representantes, establecieron en la Constitución, a saber, el sistema representativo igualitario, los derechos fundamentales y el principio de la separación de poderes. Dicho de otra forma, en el constitucionalismo democrático el ejercicio de la autonomía política, de la democracia como gobierno para “el pueblo y por el pueblo”, encuentra límites absolutos en los principios fundamentales establecidos por el constituyente en la Constitución. ¿Pero cómo podemos justificar un sistema democrático que obstaculice la voluntad de la mayoría?

Una perspectiva diferente, evidentemente contraria, es representada por los defensores de la democracia mayoritaria o plebiscitaria. Ellos defienden una concepción formal de la democracia, que se identifica solamente con el poder del pueblo, o mejor, con la voluntad de la mayoría de sus representantes. Así, los teóricos de la democracia mayoritaria sustentan la omnipotencia del parlamento, que quiere decir, también, la supremacía de la política y de su prioridad sobre el derecho. Conforme a la idea del pueblo como constituyente primario, se concibe que la democracia consiste en “gobernarse por sí mismos” y en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sean expresión de su “voluntad” y de la “soberanía popular”. La democracia definida como autogobierno es entendida como una forma de libertad “política”, “positiva”, “de los antiguos”, pero en rigor, es más adecuado caracterizarla como el derecho de todos los miembros del cuerpo

político a participar en pie de igualdad en la toma de decisiones públicas, lo que implica que cada uno ha de disponer, directamente o por medio de sus representantes, del más amplio poder posible en cuanto a la determinación del resultado de esos procesos de decisión.

Los defensores del constitucionalismo democrático oponen a la democracia mayoritaria límites absolutos definidos por los derechos fundamentales, límites que establecen lo que puede ser denominado “el ámbito de acción del individuo”, el cual no puede ser restringido por la voluntad de cualquier mayoría, plebiscitaria o legislativa. El constitucionalismo, desde esta perspectiva, le pone límites a la democracia. Sus jueces invalidan normas legislativas con el argumento de que, en su opinión, algunas de éstas violan la Constitución. Para el constitucionalismo democrático, cuando un tribunal declara inconstitucional una norma emitida por el legislativo al encontrar que hay incompatibilidad con normas constitucionales somete la voluntad de los representantes del pueblo para garantizar así los principios fundamentales consagrados en la Constitución.

A esto los defensores de la democracia mayoritaria han objetado que no hay una razón válida para aceptar que las opiniones de las mayorías legislativas tengan menos peso que las opiniones de los jueces constitucionales. Las decisiones de los jueces constitucionales están determinadas, como las decisiones de los ciudadanos en general y los legisladores en particular, por estrechas consideraciones de interés propio, por motivaciones personales o por posiciones ideológicas.

Esta objeción, conocida también como “objeción contra-mayoritaria al poder judicial”<sup>1</sup> pregunta si puede justificarse un sistema democrático en el que las opiniones de los jueces sobre principios sustantivos plasmados en la Constitución deben prevalecer sobre las opiniones de las mayorías legislativas. Los autores de la objeción democrática afirman también que en tanto los jueces no son elegidos por el pueblo sino nombrados por el Congreso, ellos no tienen legitimidad para establecer que la voluntad soberana, expresada democráticamente, pueda ser limitada por algún poder y que sus normas no deben formar parte del sistema jurídico. Desde un punto de vista democrático, esto es regresivo, más que progresivo. Así, quienes plantean la objeción democrática aseveran que el control judicial de constitucionalidad ejercido por una Corte al declarar inconstitucional una norma planteada por el legislativo es la expresión de una fuerza contra-mayoritaria en el sistema, la

---

1 Esta objeción fue planteada por el jurista estadounidense Alexander Bickel, *The Least Dangerous Branch* (New Haven: Yale University Press, 1962). Nuevas formulaciones se encuentran en Juan Carlos Bayón, Víctor Ferreres y Rodolfo Vázquez. Véanse sus respectivas contribuciones en: Miguel Carbonell y Leonardo García Jaramillo (eds.) *El canon neoconstitucional*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010.

cual pertenece por completo a una esfera de acción diferente de la democracia; por esta razón es posible que los críticos del constitucionalismo democrático hagan la acusación según la cual el control judicial es anti-democrático.

Voy a presentar en este artículo —para discutir el alcance y límites de la tensión entre constitucionalismo y democracia— dos de las más importantes posturas sobre esta oposición, a saber, el constitucionalismo populista, representado por John Locke, Jean Jacques Rousseau, Emmanuel-Joseph Sieyes y Thomas Paine, que afirma que la voluntad soberana expresada democráticamente no puede ser limitada por ninguna norma ni poder. Y el constitucionalismo democrático, representado por James Madison, Alexander Hamilton, Benjamin Constant y Luigi Ferrajoli, el cual afirma que la función básica de una constitución es negativa: quitarle ciertas decisiones al proceso democrático. Así, las preguntas que serán tratadas en este artículo son: ¿Es aceptable que la función básica de una constitución consista en limitar el poder de decisión de los ciudadanos en el proceso democrático? ¿Es el constitucionalismo liberal fundamentalmente antidemocrático? ¿Puede justificarse un sistema democrático que obstaculice la voluntad de la mayoría? ¿La voluntad soberana, expresada democráticamente, puede ser limitada por alguna norma o poder? ¿Por qué deberían los representantes políticos de la generación actual respetar las reglas específicas en materia de derechos que fueron establecidas por una generación pasada, que ya ha abandonado la escena política?

*Asamblea Constituyente y Poder Constituyente.* La perspectiva política que se definió en la Revolución Francesa en 1789 y que dio origen a los procesos constitucionales modernos, afirma que la política la hace el pueblo cuando se constituye como pueblo y expresa su voluntad soberana creando una constitución. El pueblo tiene, en términos de Sieyes, el poder constituyente, es decir, el poder de determinar la forma de gobierno. “El pueblo es el único que puede decidir cuál sea la forma de la república” (Locke: 1991, 141), es el único que puede darse sus propias leyes y es el único que puede modificarlas.

Pero, ¿cómo hace el pueblo para darse una constitución? Según Hobbes, un Estado se constituye, y se da una constitución, en el momento en que una multitud de hombres pactan entre sí, que a un hombre o a una asamblea de hombres se le otorgará el derecho de representar a la persona de todos. Según Locke, un pueblo se da una constitución cuando se establece como comunidad y expresa su voluntad general mayoritaria por medio del poder legislativo. Según Rousseau, el pueblo debe reunirse en una especie de asamblea constituyente en la cual los individuos son convocados como libres e iguales a participar en una deliberación para darle una constitución a su sociedad política. Para Rousseau, la soberanía es inalienable y no puede manifestarse por medio del mecanismo representativo. Para Sieyes,

por el contrario, para que un pueblo pueda darse una constitución, requiere del mecanismo de la representación. Sieyes parte de presupuestos rousseauianos, cuando afirman que la comunidad necesita de una voluntad común, pero se aparta del *Contrato social* al proponer que esta voluntad debe necesariamente expresarse mediante la representación.

La Constitución francesa de 1791 fue considerada formalmente como una ley superior, y así se expresa al requerir la aprobación del pueblo, en quien se reconoce el poder constituyente de la nación soberana. La influencia de las ideas de Locke, Rousseau y Sieyes fueron determinantes en el proceso de elaboración de esta Constitución. La idea del legislativo de Locke, de la soberanía popular de Rousseau y la que nace de ella, que formuló claramente Sieyes, a saber, que el poder constituyente reside siempre en el pueblo, en tanto que los otros poderes, como poderes constituidos, necesitan derivar su existencia y competencia del poder constituyente, y la necesidad de organizar claramente este orden de relaciones, tuvieron una parte esencial en la creación de esta Constitución.

*Locke y el constitucionalismo democrático.* Para Locke, el primer acto por el cual se manifiesta el contrato político es la constitución de una comunidad, que es resultado inmediato de la ley natural. Esta comunidad en la que la ley natural se expresa en la forma de una voluntad general mayoritaria tiene como medio de realización el poder legislativo. Éste es resultado del proceso por medio del cual la comunidad deposita el poder político en una institución para que defina la forma de gobierno. El tipo de gobierno dependerá de dónde se deposite el poder de legislar. “Así pues, dado que la forma de gobierno depende de donde se sitúe el poder supremo, que no es otro que el legislativo, y dado que es imposible [...] que nadie dicte leyes, excepto el poder supremo, por todo ello, según sea donde esté situado el poder de hacer las leyes, así será la forma de la república” (Locke: 1991, 132).

Para Locke, el pacto social es un acuerdo suscrito entre sí por las personas como individuos. El pacto social crea la comunidad y ella es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es el único origen de la ley. Aquí está en germen la tesis de la soberanía del pueblo de Rousseau. “El pueblo es el único que puede decidir cuál sea la forma de la república, y eso lo hace al constituir el legislativo y nombrar a las personas que lo habrán de detentar” (Locke: 1991, 141). El pacto social crea el pueblo como unidad política. El pueblo no existe antes del pacto social. Mediante el pacto social todos los individuos acuerdan unirse en una sola sociedad que será gobernada por un régimen político. De este modo, la mayoría del gobierno, que se expresa en el legislativo, ostenta el poder de crear todas las leyes positivas, con excepción de la ley fundamental que le ha instituido. Esta ley fundamental la tiene el pueblo como poder constituyente, es la Constitución. Las

leyes positivas son la expresión del poder constituido, de la forma de gobierno que se ha establecido.

La libertad civil consiste en no estar sometido a una instancia externa, sino a la ley dada a uno mismo. El legislativo en su totalidad, esto es, como una suma de los tres poderes, ejecutivo, legislativo y federativo, representa al pueblo y está integrado por todos aquellos que el pueblo ha elegido y autorizado para que legislen en su lugar. “La constitución del legislativo es el acto primero y más fundamental de la sociedad, por el cual se garantiza la continuación de esa unión bajo la dirección de ciertas personas que están autorizadas para ello, contando con el consenso y designación expresa del pueblo” (Locke: 1991, 212). Por eso el legislativo no sólo representa al pueblo, sino a la suma de los tres poderes. Todo acto de estos tres poderes debe ser reconocido por cualquier súbdito como un acto suyo (Cavarero: 1998, 184).

Locke construyó, por medio de la distinción entre la ley fundamental emitida por el pueblo como poder constituyente y las leyes positivas expresión de los poderes constituidos, el mecanismo que era necesario para que la voluntad soberana del pueblo se manifestara y fundamentó así una tesis básica del constitucionalismo populista, según la cual, el poder constituyente puede cambiar siempre su constitución. “El pueblo es el único que puede decidir cuál sea la forma de la república” (Locke: 1991, 141), es el único que puede darse una constitución y es el único que puede cambiarla. Hasta tal punto se ve realizada en la Constitución la regla de la libertad que estará en la base del pensamiento democrático: sólo al pueblo, al sujeto colectivo compuesto por todos, pertenece la facultad de dictar las leyes, porque tan sólo el pueblo no cometerá injusticia contra sí mismo.

*Rousseau y la soberanía popular.* Es importante recordar que la tesis central de Rousseau es que la soberanía es expresión de la voluntad popular, radica en el pueblo, es inalienable, indivisible e infalible, y no puede realizarse a través de la mediación política de ninguna persona ni de ningún representante. Rousseau está totalmente de acuerdo con Hobbes, en el sentido en que el Estado surge de un contrato de todos con todos. Pero, puesto que para Rousseau la libertad es una determinación esencial de la naturaleza humana, el contenido del contrato no puede consistir en una renuncia a la libertad, en un sometimiento incondicionado a una autoridad externa, al poder absoluto del soberano, como lo es para Hobbes. Para Rousseau, la soberanía pertenece al cuerpo político en su colectividad y no puede manifestarse por medio de la lógica representativa.

Para Rousseau, la representación política crea un pueblo de esclavos e implica una inaceptable alienación de la soberanía del pueblo. Así, frente a lo que expresa el término democracia en sentido literal, es decir, el ejercicio directo del poder por el pueblo, y por tanto la creación de la ley por el conjunto de todos los ciudadanos,

el principio representativo supone que el pueblo participa de forma indirecta; su presencia se da a través del cuerpo representativo al que se le confía el deber de hacer las leyes (Duso: 2004, 12). El planteamiento que propone el autor ginebrino para desarrollar un concepto más radical de la democracia afirma que la democracia, entendida como el ejercicio directo del poder por el pueblo, no puede ser reemplazada por la soberanía popular construida por medio del mecanismo representativo. Así escribe: “Como quiera que sea, desde el momento en que un pueblo nombra representantes, ya no es libre, ya no existe” (Rousseau: 1978, 3,15,11).

El problema fundamental que aborda el *Contrato social* es encontrar una forma de asociación “que defienda y proteja con toda la fuerza común a la persona y los bienes de cada asociado, y por la cual, uniéndose cada uno a todos, no obedezca, sin embargo, más que a sí mismo y permanezca tan libre como antes” (Rousseau: 1978, 1.6.4). En Rousseau, la alienación total de cada asociado con todos sus derechos no se hace a favor de una persona representativa, como en Hobbes, sino para constituir el cuerpo político. En Rousseau, los individuos alienan sus derechos, pero en su conjunto son también destinatarios de la alienación: dan todos sus derechos, pero, todos juntos, también reciben todo. De este modo, no son solo súbditos, sino que también constituyen el soberano; son ciudadanos en el sentido activo del término, en un sentido que no puede ser sustituido a favor del principio representativo (Duso: 2004, 45). Según Rousseau, la voluntad general es la del cuerpo soberano y no puede ser delegada a nadie. Esta voluntad general se concreta en la conformación del Estado como expresión activa del cuerpo soberano. El Estado debe estar fundado sobre una base racional y sobre principios justos, debe ser *constituido* y para esta tarea surge un *sujeto constituyente*, que resulta del acto de asociación por el que se conforma un pueblo (Duso: 2004,46). “En el mismo instante, en lugar de la persona particular de cada contratante, este acto de asociación produce un cuerpo moral y colectivo compuesto de tantos miembros como votos tiene la asamblea, el cual recibe de este mismo acto su unidad, su yo común, su vida y su voluntad (Rousseau: 1978, I.6.10).

Para Rousseau, al igual que para Locke, el pueblo como verdadero soberano, dotado del poder absoluto, es el origen de todo. Este poder es la fuente de toda legitimidad y el origen de la soberanía. Este es una tesis central del constitucionalismo populista. De esto se sigue, en primer lugar, que ningún cuerpo político particular, grupo social, o estamento se le puede ceder el derecho de hacer leyes en lugar del cuerpo ciudadano en general. En segundo lugar, que el poder soberano es una unidad que no puede dividirse sin destruirla. El poder soberano está conformado por los diferentes poderes del Estado, el legislativo y el ejecutivo, los cuales tienen funciones ya definidas por el soberano y que en última instancia dependen de él. La autoridad de cada uno de estos poderes que conforman el Estado se deriva

de la autoridad soberana. La voluntad declarada del pueblo es soberana y hace ley. Las leyes son la expresión de la soberanía. En tercer lugar, que la voluntad soberana es siempre recta. La tesis de la infalibilidad de la voluntad soberana es una consecuencia de la tesis de que la voluntad general sólo existe cuando ella quiere el bien común.

La democracia es entendida por Rousseau como un sistema de gobierno para “el pueblo y por el pueblo”. Este principio del republicanismo quiere decir, que los gobernados no solamente están sujetos a las leyes que ellos se han dado, sino que también son sus autores. De acuerdo con la idea del pueblo como constituyente primario, se concibe que la democracia consiste en que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sean expresión de su “voluntad” y de la “soberanía popular”.

*El poder constituyente y la Constitución: Sieyes.* Sieyes sigue las tesis básicas de Rousseau, pero se aparta de la más fundamental, que es utilizar la representación como forma de determinar la voluntad soberana del pueblo. Sieyes afirma que el sujeto político sobre quien recae la tarea de fundar un Estado sobre una base racional y sobre principios justos es la nación entera, compuesta de individuos que se entienden como iguales y estableció como único límite a la expresión de su voluntad el respeto de los derechos de los individuos fundados en el derecho natural. “La nación existe ante todo, es el origen de todo. Su voluntad es siempre legal, ella es la propia ley. Antes y por encima de ella sólo existe el derecho natural” (Sieyes: 1989, 143). Asevera que la voluntad soberana radica en el pueblo entendido como una nación unificada compuesta de individuos iguales. “Una nación es un cuerpo de asociados que viven bajo una ley común y representados por una misma legislatura” (Sieyes: 1989, 92).

Sostiene que el pueblo es el sujeto constituyente que tiene como tarea fundar el Estado sobre una base racional y principios justos. Dice que sólo el pueblo puede dictar leyes para sí mismo, puede constituir el Estado y darse una constitución. “Una nación es independiente de toda forma; y de cualquier forma que quiera, basta con afirmar su voluntad para que todo derecho positivo se interrumpa ante ella como ante el origen y el dueño de todo derecho positivo” (Sieyes: 1989, 147). Declara que la representación igualitaria, basada en el derecho igual que tienen todos los miembros de la sociedad, es el medio apropiado para que el pueblo pueda darse una constitución y así conformar el Estado. “Es evidente que, en la representación nacional ordinaria y extraordinaria, la influencia sólo puede ejercerse en razón del número de cabezas que tienen derecho a ser representadas. El cuerpo representante sustituye en todo momento, para lo que haya que hacer a la nación misma” (Sieyes: 1989, 154).

Según Sieyes, el pueblo tiene, el poder constituyente, es decir, el poder de determinar la forma de gobierno, la constitución misma. “La Constitución no es obra del poder constituido, sino del poder constituyente” (Sieyes: 1989, 143). El pueblo es el único que puede darse una constitución y es el único que puede cambiarla. “La nación siempre es dueña de reformar su Constitución. Sobre todo, debe otorgarse otra más válida, si la suya es contestada” (Sieyes: 1989, 152). Ahora bien, si la Constitución es la que crea el orden, de la que nacen los poderes, no puede ser obra de los anteriores, ni cabe dentro de las atribuciones de estos poderes la posibilidad de modificarla, ni de alterar el equilibrio de los poderes. “Ningún tipo de poder delegado puede cambiar lo más mínimo las condiciones de su delegación” (Sieyes: 1989, 144). Con la teoría del poder constituyente Sieyes “retoma la idea del cuerpo político soberano de Rousseau, pero en un contexto donde se habla de “voluntad general representativa”, o sea en un contexto que está atravesado por la necesidad de la representación, no sólo en el nivel del poder constituido, sino también en el nivel más alto del poder constituyente, desde el momento en que el pueblo necesitaría siempre para expresarse un núcleo de personas, más precisamente la *Asamblea constituyente*” (Duso: 2005, 167).

Podemos sintetizar estas tesis de Sieyes así: una situación constituyente es una situación original, que no es producida por actos jurídicos y por tanto carece de normas superiores a ella. Una situación constituyente es la expresión de un poder constituyente, a saber un poder que está ubicado por fuera del derecho positivo, cuyos sujetos constituidos son personas artificiales como el Estado y cuyos sujetos constituyentes son los miembros de una comunidad política, que conforman el pueblo como titular de la soberanía. El poder constituyente es el fundamento externo del derecho mismo, reside siempre en el pueblo, tiene un carácter político más que jurídico, y con su actuación constituye los demás poderes jurídicos, los poderes constituidos. (Ferrajoli: 2011, T.1, 804).

El poder constituyente es fundante y no fundado, y por tanto originario. Es un poder que tiene plenas facultades constituyentes, que no está determinado por ninguna norma ni por el ordenamiento constitucional precedente, y que por tanto no puede calificarse como legítimo o ilegítimo. El poder constituyente es atribuido a los sujetos naturales que conforman el pueblo como titular de la soberanía. El poder constituyente tiene como función fundar un nuevo orden constitucional, y por tanto crear el Estado y el conjunto de sus instituciones fundamentales. Situación constituyente y poder constituyente son evidentemente figuras políticas más que jurídicas, expresión de un principio moderno que se afirma con la formación de los Estados nacionales en los que se establece el principio de legalidad y el monopolio estatal de la producción jurídica. (Ferrajoli: 2011, T.1, 804 ss.).

Sieyes construyó, por medio de la distinción entre poder constituyente y poder constituido, el mecanismo que era necesario para que la voluntad soberana del pueblo se manifestara y fundamentó así la tesis del constitucionalismo populista, según la cual, el poder constituyente puede modificar, revisar y reformar en cualquier momento, cualquier principio constitucional, o cambiar su constitución. El argumento de Sieyes presupone aquí una contradicción irresoluble entre constitucionalismo y democracia, entre la herencia de un marco constitucional fijo y la omnipotencia de los ciudadanos.

*Paine y el consentimiento de los vivos.* Otro importante representante del constitucionalismo populista fue Thomas Paine, para quien admitir que el poder de decisión de la generación actual está constreñido por decisiones adoptadas por una generación precedente sería admitir el gobierno de los muertos sobre los vivos, negar a la generación presente su derecho pleno a autogobernarse. “Cada edad y cada generación debe ser tan libre para actuar por sí misma en todos los casos como las edades y las generaciones que las precedieron.” (Paine: 1999, 124). ¿Por qué deberían los representantes políticos de la generación actual respetar las reglas específicas en materia de derechos que fueron establecidas por una generación pasada, que ya ha abandonado la escena política? Para Paine, cada generación puede modificar, en cualquier momento, las reglas que regulan el gobierno de su sociedad. “La primera cosa es que una nación tiene el derecho a darse su constitución. [...] Cada generación es y debe ser competente para todos los propósitos que cada ocasión requiera. Son los vivos y no los muertos los que deben ser acomodados.” (Paine: 1999, 123).

Según Paine, las reglas que regulan el gobierno de su sociedad son las que cada generación se da a sí misma y no pueden ser cambiadas por los poderes constituidos. “Una constitución es la propiedad de una nación y no de aquellos que ejercitan el gobierno. Una constitución es antecedente al gobierno y siempre distinta de él” (Paine: 1999, 126). Para Paine, no es sólo inmoral sino también imposible anticiparse a las elecciones de futuras generaciones. Los intentos de atar el futuro pueden ser tremendamente destructivos. “La vanidad y la presunción de gobernar más allá de la tumba es lo más ridículo e insolente de todas las tiranías. El hombre no es propietario del hombre; ni una generación es propietaria de aquellas que le siguen. El Parlamento o el pueblo de 1688, o de cualquier otro periodo no tiene ningún derecho para disponer del pueblo actual, o de atarlo o controlarlo de cualquier manera” (Paine: 1999, 120).

De este modo, según Paine, la democracia es la regla de los vivos. Más radicalmente, la democracia es la guerra contra el pasado. No hay una razón para seguir haciendo las cosas como se hicieron en el pasado. La presente generación tiene un derecho ilimitado para modelar nuevamente las instituciones en las que vive. El

único consentimiento que legitima cualquier forma de gobierno es el consentimiento de los vivos. “Las circunstancias del mundo están cambiando continuamente, y las opiniones de los hombres cambian también; y en tanto que el gobierno es para los vivos y no para los muertos, solamente los vivos tienen derecho allí” (Paine: 1999, 128).

En el argumento de Paine uno puede encontrar una tensión insalvable entre constitución y democracia, entre una norma aprobada en el pasado que condiciona lo que se puede decidir en el futuro y la norma que cada nueva generación debe darse para autogobernarse. Así como Sieyes niega a Rousseau que la voluntad soberana pueda expresarse sin el mecanismo representativo, Paine niega a los Padres Fundadores el derecho a sujetar a las generaciones siguientes a un marco constitucional inmodificable.

El proyecto democrático y constitucional que se desplegó desde el siglo XIX hasta la segunda gran guerra, primero, en Europa y Norteamérica y, luego, en muchos otros Estados nacionales, en América Latina, Asia y África, estuvo determinado por la poderosa idea, proveniente del constitucionalismo populista, del pueblo como poder constituyente. Este argumento de la primacía popular se encuentra en el artículo 28 de la Constitución francesa de 1793 que establece “que todo pueblo tiene derecho a revisar, reformar y cambiar su constitución;” lo afirma claramente Sieyes: “La nación siempre es dueña de reformar su Constitución. Sobre todo, debe otorgarse otra más válida, si la suya es contestada” (Sieyes: 1989, 152); y lo dice Thomas Paine: “Cualquier generación es y debe ser capaz de afrontar todas las decisiones requeridas por las circunstancias de su tiempo”. (Paine: 1999, 122). Conforme a la idea del pueblo como poder constituyente “la fuente de legitimación del poder es la *auto-nomía*, esto es, la libertad positiva, consistente en “gobernarse por sí mismos” y “en no hacer depender de nadie más que de uno mismo la regulación de la propia conducta”: en otras palabras, en el hecho de que las decisiones se adopten, directa o indirectamente, por sus mismos destinatarios, o, más exactamente, por su mayoría, de modo que sean expresión de su “voluntad” y de la soberanía popular” (Ferrajoli: 2011, T2, 9)

Las consecuencias problemáticas de este principio constitucionalista se manifestaron con total claridad en la época del Terror jacobino bajo Robespierre, en el gobierno despótico de Napoleón, en la dictadura del proletariado en Rusia, y en las dictaduras fascistas en Alemania e Italia. En estos últimos países, el Estado liberal de derecho, que adoptó el modelo constitucionalista populista, permitió que opciones políticas como el nazismo y el fascismo accedieran al poder por vía de la legalidad, sin luego encontrar en ésta un límite infranqueable para enfrentar al Estado totalitario. El fracaso del Estado liberal de derecho, se produjo, entonces, como resultado de la ausencia de todo límite relativo a los contenidos de las

decisiones legítimas del pueblo y de sus representantes. Al no haber en el Estado liberal de derecho límites sustanciales, como los derechos humanos y la garantía jurídica mediante tribunales constitucionales, el legislador democrático pudo, por mayoría, suprimir los derechos fundamentales.

*La rigidez de la Constitución y la democracia constitucional.* Hay que destacar, en primer lugar, que fue el filósofo liberal Benjamin Constant quien advirtió, ya desde inicios del siglo XIX, con total claridad los problemas que podían resultar de la tesis del constitucionalismo populista, según la cual, el poder constituyente puede modificar, en cualquier momento, cualquier principio constitucional. Constant acepta la tesis básica de Rousseau, según la cual la soberanía es expresión de la voluntad popular: el poder debe ser la expresión de la voluntad del pueblo, pero se separa de Rousseau al ponerle límites a la soberanía. La soberanía del pueblo no es ilimitada: está circunscrita a los límites que establece la justicia y los derechos de los individuos. En este sentido, para Constant no es suficiente que el poder sea legítimo en sus orígenes; debe ser ejercido de manera legítima, en otras palabras, no debe ser ilimitado. “Cuando se establece que la soberanía del pueblo es ilimitada se está creando e introduciendo azarosamente en la sociedad humana un grado de poder demasiado grande que, por sí mismo, constituye un mal con independencia de quien lo ejerza. No importa que se le confíe a uno, a varios, a todos; siempre constituirá un mal. [...] Hay cargas demasiado pesadas para el brazo de los hombres”, escribe el autor de *Principios de política*. (Constant: 1970, 8).<sup>2</sup>

Así pues, Constant sigue una de las ideas de Rousseau sobre la legitimidad del poder que surge de la voluntad general del pueblo, pero se aparta de la más fundamental, siguiendo a Montesquieu, la cual es someter esta voluntad a unos límites definidos por la justicia y los derechos de los individuos. Para fijar estos límites debe quedar establecido en la Constitución que la jurisdicción de la voluntad soberana del pueblo puede llegar solamente hasta la línea donde comienza la independencia y la existencia individual. De aquí el nexo estructural entre soberanía popular,

---

2 Sobre Constant véanse: Todorov Tzvetan, *A Passion for Democracy*, Algora Publishing, New York, 1999; Holmes, Stephen, “The Liberty to Denounce: Ancient and Modern”, en: Rosenblatt, Helena (Ed.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Gauchet, Marcel, “Liberalism’s Lucid Illusion” en: Rosenblatt, Helena (Ed.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Jennings Jeremy, “Constant’s Idea of Modern Liberty”, en: Rosenblatt, Helena (Ed.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; De Luca Stefano, “Benjamin Constant and the Terror”, en: Rosenblatt, Helena (Ed.), *The Cambridge Companion to Constant*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009; Rosenblatt, Helena, *Liberal Values Benjamin Constant and the Politics of Religion*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008; Kalyvas Andreas, Katznelson Iva, *Liberal Beginnings Making a Republic for the Moderns*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.

democracia y derechos fundamentales, propuesto por Constant. No puede existir soberanía popular sin derechos a la libertad individual. Para Constant esto significa que el poder constituyente del pueblo, que se expresa en el acto de crear una constitución mediante la “voluntad popular representativa”, no puede llegar nunca a ser perjudicial para sus asociados. De ello se deducen una multitud de precauciones políticas insertas en la Constitución y que suponen otras tantas reglas esenciales para el gobierno, sin las cuales el ejercicio del poder sería ilegal. El sentido de estas precauciones políticas es, precisamente, establecer los límites que los derechos inalienables de los individuos fijan al poder soberano. Constant estableció ese límite al señalar que los derechos individuales liberales están por encima de la voluntad unificada de los individuos que conforman una nación. Para que un sistema político sea democrático es necesario que se fijen límites en la Constitución de tal manera que la voluntad de la mayoría no pueda disponer soberanamente de la existencia de los individuos o pueda restringir arbitrariamente sus derechos fundamentales. Y esto lo hace Constant a través de límites y vínculos que establecen lo que puede ser denominado “el ámbito de acción del individuo”, ámbito sustraído a la potestad de cualquier mayoría. Este “ámbito o territorio del individuo” está conformado por los derechos individuales que son “la libertad individual, la libertad religiosa, la libertad de opinión, que comprende el derecho a su libre difusión, el disfrute de la propiedad, la garantía contra todo acto arbitrario” (Constant: 1970, 14). Para Constant, entonces, toda autoridad política que viole ese espacio de acción de la libertad individual es ilegítima.

El modelo de construcción del Estado propuesto por Constant fue no solamente derrotado por el despotismo de Napoleón, sino que además, perdió su influencia en el desarrollo del constitucionalismo y la democracia en el siglo diez y nueve y primera parte del siglo veinte. Solamente con los problemas del Estado liberal de derecho, al hacer viable la legitimación de las dictaduras del proletariado y las dictaduras fascistas en Alemania e Italia, reaparecen las ideas de Constant en el constitucionalismo democrático de la posguerra.

*El constitucionalismo democrático.* La democracia constitucional desplazó, entonces, teórica y prácticamente el viejo modelo de justificación del Estado centrado en la idea de la democracia formal o representativa. En el estado liberal de derecho el principio de legalidad como norma de reconocimiento del derecho vigente depende básicamente de la omnipotencia del parlamento. La omnipotencia del parlamento quiere decir la omnipotencia de la política y de su primacía sobre el derecho. Quiere decir también la omnipotencia de las mayorías que a través de la representación se convierten en dominantes por medio de la democracia parlamentaria. El resultado es la afirmación de una concepción formal o representativa de la democracia identificada solamente con el poder del pueblo, o mejor, con la voluntad de la mayoría

de sus representantes. El estado liberal de derecho en su dimensión política sustenta la omnipotencia de la mayoría y banaliza la dimensión del derecho como momento de la garantía de los derechos fundamentales. (Ferrajoli: 2011, T.1, 51 ss.).

En contra de esto, en el constitucionalismo democrático se estableció que los tribunales de justicia pueden declarar nulos los actos del poder legislativo cuando éstos son contrarios a la Constitución. Así, en el constitucionalismo democrático se erigió la rigidez de las constituciones y se instauró la garantía jurisdiccional de la anulación de las leyes inconstitucionales por obra de tribunales constitucionales. (Ferrajoli: 2011, T1, 85 ss.). La rigidez de las constituciones quiere decir la no modificabilidad de al menos algunos principios que el poder constituyente ha establecido como fundamentales: el sistema representativo igualitario, los derechos fundamentales y el principio de la separación de poderes.<sup>3</sup> Y la garantía jurídica quiere decir que no se admiten como válidas normas legales cuyo significado esté en discordancia con normas constitucionales. La democracia constitucional impone restricciones en la Constitución a través de límites absolutos definidos por los derechos fundamentales, límites que establecen lo que puede ser denominado “el territorio del individuo”<sup>4</sup>, “el coto vedado”<sup>5</sup>, “la esfera de lo indecible”<sup>6</sup>, los cuales no pueden ser restringidos por la voluntad de cualquier mayoría. Lo que está fuera de este ámbito es la esfera de la política, dentro de la cual es legítimo el ejercicio de la autonomía política, que se configura mediante la representación política en la producción de las decisiones legislativas y de gobierno.

Así, en el constitucionalismo democrático se afirma que para garantizar la democracia es necesario quitarle constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar aquellos principios fundamentales que el poder constituyente estableció en la Constitución. Dicho de otra forma, el ejercicio de la autonomía política encuentra límites absolutos en el ámbito de acción del individuo, comprendido por los derechos fundamentales. El principio de un poder constituyente permanente y radical, expresión de la idea de la democracia como un sistema de gobierno para “el pueblo y por el pueblo”, es remplazado en el constitucionalismo democrático, por el principio, según el cual la rigidez de la constitución es expresión y garantía de las libertades fundamentales y de los derechos sociales. (Ferrajoli: 2011, T1, 86).

---

3 Principios formulados en el artículo 16 de la Declaración de Derechos del Hombre “Toda sociedad en la cual la garantía de los derechos no esté asegurada y la separación de poderes determinada, no tiene una constitución” (art.16).

4 Término utilizado por Tzvetan Todorov.

5 Término utilizado por Ernesto Garzón Valdés.

6 Término utilizado por Luigi Ferrajoli.

Se puede decir entonces, “que una constitución es democrática porque representa una garantía para todos y no porque es querida por todos o por una mayoría cualquiera; por el carácter democrático de las normas constitucionales en ella contenidas y no por el de la forma del acto constituyente; por el conjunto de las condiciones, formales y sustanciales, de la democracia pactadas en la constitución, y no por el grado de consenso alcanzado en el acto constituyente.” (Ferrajoli: 2011, T1, 812). En este sentido, en el Estado democrático y constitucional, en virtud de la garantía jurídica, están autorizados los tribunales constitucionales para impedir que el legislador democrático –el pueblo o sus representantes- pueda suprimir o limitar los principios constitucionales fundamentales. Esto no quiere decir que el poder judicial es superior al poder legislativo. Como escribió Alexander Hamilton, uno de los padres fundadores de los Estados Unidos: “Una Constitución es de hecho una ley fundamental y así debe ser considerada por los jueces. A ellos pertenece por lo tanto, determinar su significado, así como el de cualquier ley que provenga del cuerpo legislativo. Y si ocurriere que entre las dos hay una discrepancia, debe preferirse como es natural, aquella que posee fuerza obligatoria y validez superiores; en otras palabras debe preferirse la Constitución a la ley ordinaria, la intención del pueblo a la intención de sus mandatarios” (Hamilton, Jay, Madison; 2001, § 78, p.332).

Así, se puede afirmar, que una Constitución es democrática cuando se articulan las reglas sobre el válido ejercicio del poder con las reglas que imponen límites y vínculos a este mismo poder para impedir que se convierta en despótico. Esto conforma “el nexo estructural entre democracia y constitucionalismo. Para que un sistema político sea democrático es necesario que se sustraiga constitucionalmente a la mayoría el poder de suprimir o limitar la posibilidad de que las minorías se conviertan a su vez en mayoría. Y ello a través de límites y vínculos que establezcan lo que en varias ocasiones he denominado la esfera de lo no decidible (que y que no), sustraída a la potestad de cualquier mayoría” (Ferrajoli: 2008, 85).<sup>7</sup>

Los constitucionalistas democráticos afirman que la democracia entendida de forma correcta no es antagonista de la Constitución. La democracia protege los derechos mediante la Constitución. “Atar las manos”, es la expresión usada para mostrar cómo una constitución establece límites. La Constitución democrática ata las manos de las generaciones presentes para impedir que éstas amputen las manos de las generaciones futuras. (Ferrajoli: 2011, T.1, 86). “Con los medios de una Constitución una generación *a* puede ayudar a la generación *c* a protegerse de

---

7 Lo “no decidible que” son los derechos de libertad, civiles y políticos, que imponen prohibiciones. Y lo “no decidible que no” son los derechos de libertad que imponen obligaciones, los derechos sociales.

ser vendida como esclava por la generación *b*” (Holmes, 1995). Así, para proteger las elecciones de sucesores distantes, los creadores de una constitución limitan las elecciones dispuestas a los próximos sucesores. “Esto quiere decir que un pueblo puede decidir, “democrática” y contingentemente, ignorar o destruir la propia Constitución y entregarse definitivamente a un gobierno autoritario. Pero no puede hacerlo de forma constitucional, invocando a su favor el respeto a los derechos de las generaciones futuras o la omnipotencia de la mayoría, sin suprimir con ello el método democrático, los derechos y el poder de las mayorías y de las generaciones futuras” (Ferrajoli: 2008, 96).

En el Estado liberal de derecho la consagración de los derechos es política y por tanto, débil frente al poder. La supremacía del parlamento se traduce en la omnipotencia de la política y de su primacía sobre el derecho. Esto tiene como consecuencia una banalización práctica de la esfera del derecho como momento de la garantía de los principios constitucionales fundamentales. En el Estado constitucional de derecho, por el contrario, el poder legislativo se subordina al derecho, es decir, a la Constitución. “Ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido”, escribe Hamilton. “Negar esto equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que el servidor es más que su amo, que los representantes del pueblo son superiores al pueblo mismo y que los hombres que obran en virtud de determinados poderes pueden hacer no sólo lo que éstos no permiten, sino incluso lo que prohíben” (Hamilton, Jay, Madison; 2001, § 78, p.332).

Por tanto, en el constitucionalismo democrático el poder legislativo no es omnipotente, dado que las leyes no son válidas solamente por haber sido producidas en concordancia con los procedimientos estipulados, sino sólo sí, además, son coherentes con los principios constitucionales. De este modo, “el supremo poder legislativo está jurídicamente disciplinado y limitado no sólo respecto a las formas, predisuestas como garantía de la afirmación de la voluntad de la mayoría, sino también en lo relativo a la sustancia de su ejercicio, obligado al respeto de esas específicas normas constitucionales que son el principio de igualdad y los derechos fundamentales” (Ferrajoli: T2, 10). La política tampoco es absoluta por ser expresión de la voluntad popular. La política se subordina a la Constitución como estatuto de determinación de los principios y los derechos fundamentales. “Esta conclusión no supone de ningún modo la superioridad del poder judicial sobre el legislativo. Sólo significa que el poder del pueblo es superior a ambos y que donde la voluntad de la legislatura, declarada en sus leyes, se halla en oposición con la del pueblo, declarada en la Constitución, los jueces deberán gobernarse por esta última” (Hamilton, Jay, Madison; 2001, § 78, p.332).

**Conclusión:**

En una constitución democrática se establece que los derechos fundamentales son el núcleo del orden constitucional. El fundamento de legitimidad de la Constitución es la igualdad de todos en las libertades fundamentales liberales, civiles, políticas y en los derechos sociales. Estas libertades fundamentales y derechos son los límites sustanciales a las decisiones que el poder legislativo pueda tomar. En la democracia representativa son los representantes elegidos los que hacen las leyes. En la democracia constitucional los gobernados no solamente están sujetos a las leyes que ellos se han dado, sino que también son sus autores. De acuerdo con este ideal de autogobierno, la validez de las decisiones legislativas no sólo depende del consentimiento voluntario de sus miembros, sino también de si son decisiones tomadas por igual respeto de los intereses de todos.

En la democracia constitucional la ley debe ser el resultado de la soberanía popular, es decir, de la participación en su construcción de todos los posibles afectados por la ley. Porque sin soberanía popular no hay legitimación política de la ley, solamente dominación. Pero la prioridad de la soberanía popular —o de un poder constituyente permanente y radical— sobre los principios de la autonomía liberal y civil puede conducir a que se identifique “democracia” con la omnipotencia de la mayoría. Contra esta posibilidad sostengo que la soberanía popular debe ser limitada por el derecho —la Constitución— como garantía de los derechos fundamentales.

Esto puede ser criticado e interpretado como un momento conservador de esta argumentación, en el sentido en que se está subvalorando la dimensión constituyente de las luchas políticas y sociales y sobredimensionando la dimensión de los poderes constituidos. Esta crítica no es correcta. La reconstrucción de estas dos tradiciones del constitucionalismo tiene el propósito de mostrar la debilidad del principio constitucionalista de un poder constituyente permanente y radical, como el que defendieron Rousseau, Sieyès y Paine, y la fortaleza del constitucionalismo democrático, que efectivamente, mediante límites al poder constituyente, busca la garantía absoluta de las libertades fundamentales y los derechos sociales. Proponer límites al poder constituyente no quiere decir desconocer su sentido histórico y político en los procesos revolucionarios y de cambios sociales y políticos. Pensarlo sin límites puede conducir al despotismo, la tiranía o la dictadura. De la historia hemos aprendido mucho sobre esto.

Finalmente, hay quienes consideran que el constitucionalismo democrático parece que fuera esencialmente antidemocrático. La función básica de una constitución aparenta ser negativa: quitarle ciertas decisiones al proceso democrático, atar las manos de la comunidad. ¿Pero cómo puede justificarse un sistema democrático

que obstaculice la voluntad de la mayoría? Uno puede, en el sentido de Constant, invocar los derechos inalienables de los individuos como límites absolutos a la voluntad popular soberana. En el constitucionalismo democrático se afirma contra la idea de un poder constituyente permanente y radical, que una constitución es la alternativa institucional para este problema. Ella despoja a las mayorías de su derecho a cambiar todo de acuerdo a su voluntad y somete todo posible cambio a procesos definidos por normas vinculantes.

### Bibliografía

- CONSTANT, BENJAMIN, (1970), *Principios de política*, Aguilar, Madrid.
- CONSTANT, BENJAMIN, (2006), *Curso de política Constitucional*, Editorial Comares, Granada.
- CONSTANT, BENJAMIN, (2008), *Del espíritu de conquista y de usurpación*, Tecnos, Madrid.
- CONSTANT, BENJAMIN, (1988), *Del espíritu de conquista*, Tecnos, Madrid.
- DUSO, GIUSEPPE (2004), “Génesis y Lógica de la representación política moderna”, En: *Fundamentos: Cuadernos monográficos de teoría del estado, derecho público e historia constitucional*, ISSN 1575-3247, Nº 3, Universidad de Oviedo, Asturias, España.
- DUSO, GIUSEPPE (2005), *El poder. Hacia una historia de la filosofía política moderna*, Siglo XXI, México D.F., México.
- FERRAJOLI, LUIGI, (2011), *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, LUIGI, (2008), *La teoría del derecho en el paradigma constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- HAMILTON, A; JAY, J; MADISON, J; (1998), *El Federalista*, FCE, México, Ciudad de México.
- HOBBS, THOMAS, (1994), *Leviatán o la materia, forma y poder de una república eclesiástica y civil*, Fondo de Cultura Económica, México, D.F.
- HOLMES, STEPHEN, (1995), *Passions and Constraint. On the Theory of Liberal Democracy*, The University of Chicago Press, Chicago.
- HONNETH AXEL, (2011) *Das Recht der Freiheit. Grundriss einer demokratischen Sittlichkeit*, Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- KERSTING, WOLFGANG, (1994), *Die politische Philosophie des Gesellschaftsvertrags*, Wissenschaftliche Buchgesellschaft, Darmstadt.
- LOCKE, JOHN, (1991), *Dos ensayos sobre el gobierno civil*. Espasa Calpe, Madrid.

- MONTESQUIEU, CHARLES LUIS DE SECONDAT, (1972), *Del espíritu de las leyes*, Tecnos, Madrid, 1972.
- PAINÉ, THOMAS, (1999), *Los derechos del Hombre*, Universidad de León, León.
- ROUSSEAU, J.J., (1979), *Discurso sobre el origen de la desigualdad entre los hombres*, Porrúa, México.
- ROUSSEAU, J.J., (1969), *El contrato social*, Aguilar, Madrid.
- SIEYES EMMANUEL, (1989), *¿Qué es el Tercer Estado? Ensayo sobre los privilegios*, Alianza editorial, Madrid.
- TODOROV TZVETAN, *A Passion for Democracy*, (1999), Algora Publishing, New York.



Autor: Jenaro Mejía Kintana  
Título: Mujeres y hombres de tierra  
Técnica: Mixta sobre papel kraft  
Dimensión: 52 x 30 cm  
Año: 2005

## ***LA DESCENTRALIZACION COLOMBIANA EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA (CAN)\****

---

\* El presente artículo es producción académica del Proyecto de Investigación: “Perspectiva Jurídico – Andina del Territorio Colombiano”, el cual inició en abril de 2011 y finalizó en abril de 2012, en el marco de la línea de investigación: “Estado, Derecho y Territorio”, realizado con el apoyo estructural y financiero de la Universidad Libre, Sede Bogotá, Colombia.

Fecha de recepción: febrero 13 de 2012,  
Fecha de aprobación: 5 de junio de 2012.

## LA DESCENTRALIZACION COLOMBIANA EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA (CAN)

*Carolina Blanco Alvarado\*\**

### RESUMEN

Este artículo pretende examinar en el marco de la descentralización administrativa colombiana, algunas consecuencias jurídicas del Derecho Andino de la Integración en el Derecho Interno. Lo anterior en razón a que Colombia ha transferido el ejercicio de algunas competencias estatales a la Comunidad Andina, configurándose dicha Organización Internacional como centro de poder alternativo y concurrente al Estado colombiano, lo que ha generado como consecuencia que el centro de gravedad de producción normativa se desplace de manera compartida con la Comunidad Andina.

**Palabras clave:** Descentralización, Derecho Comunitario Andino, Comunidad Andina

### THE COLOMBIAN DECENTRALIZATION IN THE ANDEAN COMMUNITY FRAMEWORK (CAN)

### ABSTRACT

This article aims to examine in the context of administrative decentralization in Colombia, some legal implications of Andean Integration Law in Domestic Law. This for the reason that Colombia has transferred the exercise of some state powers to the Andean Community, International Organization such as configuring alternative power center and concurrent to the Colombian State, which has subsequently generated the center of gravity of production rules are move on a shared basis with the Andean Community.

**Key words:** Decentralization, Andean Community Law, Andean Community

---

\*\* Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Magister en Derechos Fundamentales – Universidad Carlos III de Madrid, España. Especialista en Derecho Constitucional- Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid, España. Especialista en Derecho Administrativo – Universidad del Rosario – Bogotá, Colombia. Docente - Investigador de la Universidad Libre – Bogotá. Docente de la Universidad Santo Tomas – Bogotá. Docente de la Universidad Católica – Bogotá. Cel: 3125843118. Tel: 6126430. Correo Electrónico: carolinablancosalvarado@hotmail.com, rblanco@unilibre.edu.co

## LA DESCENTRALIZACION COLOMBIANA EN EL MARCO DE LA COMUNIDAD ANDINA (CAN)

### INTRODUCCION

En la actualidad se cuestionan la soberanía estatal y las bases sobre las que el Estado se ha sustentado históricamente, lo que ha generado incertidumbre sobre el papel de las instituciones nacionales y su eficacia a la hora de resolver problemas globales. Dicha circunstancia ha dado lugar a una nueva perspectiva del concepto de soberanía, en la que los organismos internacionales cobran importancia, permitiéndose que los mismos puedan vincularse en terrenos antes reservados exclusivamente a las políticas nacionales, con el fin de sanear el déficit de credibilidad que padecen los gobiernos nacionales (Luces y sombras..., 2002). El impacto que la globalización tiene sobre la propia estructura estatal afecta, como es evidente, a su organización institucional y provoca una crisis del principio de soberanía que, de una u otra forma, se traduce a nivel interno también en forma de crisis de legitimidad. A medida que se intensifican los intercambios y se avanza en el desarrollo de la interdependencia de los Estados, la globalización hace emerger nuevas fuentes de normatividad, nuevos actores jurídicos, cuya producción normativa, diversa, plural y flexible, colisiona con los esquemas clásicos de la positividad estatal. Es en el referenciado contexto en que los procesos de integración adquieren relevancia y como consecuencia de ello, la cesión en el ejercicio de competencias propias del Estado, se justifica (Campuzano, 2010, a).

Múltiples son las reflexiones que suscitan los procesos de integración y globalización sobre el Derecho en general. Una reflexión, fundamento de las presentes páginas, es la distribución de competencias entre la Comunidad Andina (CAN) y el Estado colombiano, en el marco de las atribuciones asignadas a las entidades descentralizadas colombianas.

La incorporación de Colombia a la Comunidad Andina plantea aspectos de reflexión relacionados con la repercusión en el proceso andino de integración de las competencias descentralizadas de dicho Estado. Al respecto es pertinente anotar que desde la perspectiva del ordenamiento comunitario, el modelo de organización descentralizado es indiferente. En todo caso, la responsabilidad de Colombia queda comprometida cuando sus entidades descentralizadas no cumplen con la normativa

andina; en otras palabras, ante la Comunidad, el Gobierno central es responsable del cumplimiento íntegro y dentro de los plazos previstos por la normativa comunitaria, de la legalidad comunitaria. Es por lo anterior que se ha afirmado que el principio de responsabilidad, en el ámbito comunitario de los Estados miembros, genera una disfunción en la dinámica de los sistemas de organización descentralizados; solamente una cooperación entre la autoridad central y las distintas autoridades descentralizadas puede garantizar una correcta información y un adecuado cumplimiento de las prescripciones comunitarias (García, 1998)

### DESCENTRALIZACION Vs INTEGRACION ANDINA

En la medida en que un Estado unitario, como el colombiano, cede el ejercicio de competencias internas a instancias supranacionales, parecería que a las entidades descentralizadas no les queda otra opción que la de adoptar las medidas necesarias para garantizar la ejecución del derecho supranacional. Los actos comunitarios se convertirían, pues, en disposiciones de aplicación general y obligatoria para dichas entidades. Sin embargo, se observa, que a pesar de la citada teórica regla general, la descentralización del Estado colombiano afecta la implementación de la normativa andina en el ordenamiento jurídico interno. En consecuencia, el sistema de organización administrativo descentralizado del Estado colombiano, dificulta la ejecución de las Decisiones y Resoluciones emitidas por los Órganos e Instituciones con capacidad normativa de la Comunidad Andina, lo cual afecta el avance del proceso de integración andino.

Las principales causas a lo afirmado anteriormente, son las siguientes:

- La existencia de autonomía técnica, administrativa y presupuestal, que conlleva la descentralización administrativa; ya que dicho sistema de organización *“permite el otorgamiento de competencias o funciones administrativas a personas públicas diferentes del Estado, para que las ejerzan en su propio nombre y bajo su propia responsabilidad”* (Rodríguez, 1998); y la inexistencia en el ordenamiento jurídico interno de los países miembros de la Comunidad Andina (CAN) de canales que permitan contextualizar las Decisiones y Resoluciones que conforman el Derecho Comunitario Derivado, con el sistema de organización administrativo descentralizado.
- La existencia de competencias limitadas por instrumentos de derecho interno, a la Comisión Andina, al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores y a la Secretaria General de la CAN, lo cual restringe la supremacía y aplicación directa de la normatividad andina. Dicha circunstancia obedece,

entre otros aspectos, a factores de orden constitucional que a continuación se proceden a enunciar esquemáticamente: i) La Carta Política colombiana no prevé un soporte constitucional claro y expreso para que el Estado pueda ceder el ejercicio de parte de su soberanía a la Comunidad Andina (CAN); ii) los tratados internacionales que crean los compromisos y las instituciones que garantizan las finalidades propias del proceso de integración andino, jurídicamente no tienen una trascendencia mayor que los tratados internacionales en otros campos (Palomares, 2008); iii) ausencia en el Ordenamiento Jurídico Andino de principios propios e independientes al del Derecho Internacional que permitan el desarrollo adecuado de las finalidades propuestas al proceso de integración andino (Diez-Hochleitner, 1998); iv) ausencia de disposiciones constitucionales que reconozcan la supremacía de la norma comunitaria derivada andina y su aplicación directa; v) ausencia en el ordenamiento colombiano de una técnica expresa de incorporación para los actos de organizaciones interestatales (Plata & Yepes, 2009), y para el caso en particular, de las Decisiones y Resoluciones de los Órganos e Instituciones de la Comunidad Andina (CAN) con capacidad normativa.

Al analizar el fenómeno de la descentralización administrativa colombiana en el contexto de la Comunidad Andina (CAN), resulta procedente afirmar que dicho fenómeno no permite el avance del proceso de integración andino por los factores que a continuación se proceden a enunciar:

1. **Crisis del Proceso Andino de Integración:** La Comunidad Andina evidencia una crisis que no puede circunscribirse a aspectos de orden exclusivamente económico; en todo caso y a pesar de ello, dicha Comunidad sigue existiendo como una propuesta de integración de los Estados que la conforman.

La Doctrina cuando analiza a la Comunidad Andina (CAN), por regla general, lo hace desde la perspectiva económica y en este sentido, enmarca la crisis de dicha Organización, desde la referenciada perspectiva. Al respecto, se considera que antes de debatir sobre la integración económica en la Comunidad Andina, es necesario analizar si los Estados andinos están preparados política, social y jurídicamente, para asumir la referenciada integración. Lo anterior como quiera que para lograr la efectividad de una integración económica en los países andinos, es necesario que los mismos, estén preparados política, social y jurídicamente para asumir los retos de la integración económica andina.

Por regla general, se ha considerado que el motivo de la crisis de un proceso de integración obedece al debilitamiento de la corriente de intercambio comercial, ello suele ser el fundamento indicador de que los esquemas de integración están en crisis. Este argumento es objetable, porque la reducción del comercio intra-

regional no es causa sino efecto de la crisis. En este sentido, resulta procedente interrogarse ¿cuándo en realidad existe crisis en un proceso de integración? Para efectos de dar respuesta a esta pregunta, podría afirmarse, que la referenciada crisis se evidencia cuando los objetivos del proceso de integración no pueden ser alcanzados, a menos que el esquema sea reformulado sustancialmente, lo que implica modificar o sustituir los objetivos del acuerdo; o cuando la estructura orgánica del esquema de integración no es la procedente. En cualquiera de estas circunstancias (y pudiera haber otras) se está en presencia de lo que podríamos llamar crisis orgánica de los procesos, pues su origen está en la esencia misma de estos, en su concepción y conformación, y no en situaciones o factores económicos (Guerra, 1997, pp. 32, 33)

Es por lo anterior que se considera que el fundamento de la crisis del proceso andino de integración, no es estrictamente de carácter económico, sino que la referenciada crisis obedece a factores de orden político, social y jurídico, ubicados en un nivel anterior a la integración económica propiamente dicha y que en última instancia se circunscriben a la falta de preparación de los países miembros de la CAN para comportarse en un ambiente de integración andina.

**2. Crisis del Imperio de la Ley:** La descentralización administrativa supone la existencia de leyes que permitan su operancia. En este sentido, al analizar el marco de eficacia de la ley, se puede constatar que la misma está evidenciando una crisis producida por los principales aspectos que a continuación se proceden a enunciar:

- La existencia de varios patrones de producción jurídica que erosionan gravemente el imperio de la ley. Muchas de las tendencias, movimientos e interacciones que se generan en el contexto de las relaciones económicas transnacionales escapan a todo control; y en este sentido, se va haciendo cada vez más patente la ruptura entre las distintas legalidades nacionales y el espacio de la economía global. Hay un ámbito de las relaciones humanas cuya regulación es difusa, un espacio sustraído de la juridicidad oficial, en el que se mueven día a día los grandes intereses financieros y mercantiles. Es en este sentido en el que resulta procedente afirmar que la globalización económica constituye la muestra más importante de un proceso que no sólo exporta y globaliza el derecho, sino que produce también alteraciones relevantes en el imperio de la ley, debido, en parte, a la interpenetración entre Estados y economías y, en parte, también, a la naturaleza transnacional y extranacional del proceso. El impacto estructural de la globalización sobre el derecho está transmutando la propia dinámica de la normatividad jurídica, alterando drásticamente su configuración y remodelando el marco institucional y legal, en orden a la consecución de modelos

jurídicos flexibles y fácilmente adaptables a la versatilidad de una producción desterritorializada (Campuzano, 2010, b)

- El exceso en las regulaciones jurídicas administrativas, que acaban ahogando y convirtiendo en excepcional el principio de legalidad, lo que genera un caudal desbordado de una normativa concreta y específica de rango no-legal que arrastra a su paso exigencias básicas del propio Estado de Derecho. La consecuencia inevitable de una situación tal es la propia desintegración del principio de legalidad. (Campuzano, 2010, b).
- El exceso de Normativa legal por la tipificación de Colombia como Estado Social de Derecho. El Derecho característico del Estado Social es un Derecho regulativo, teleológico o finalista; que está orientado por la posible incidencia de criterios políticos y profesionales desde el punto de vista de su aplicación y realización, para facilitar un posible ajuste de su contenido a la variabilidad económica, política, social y a criterios de oportunidad. Este Derecho lleva a cabo sus objetivos y fines protectores de la seguridad y del bienestar de las personas desarrollando técnicas preventivas, permitiendo a la Administración anticiparse a los riesgos que los mecanismos espontáneos de la sociedad y la naturaleza o la intervención artificial de los individuos pudieran dar lugar (Galiana, 2003,b)

El desarrollo del Estado Social, con implicación y multiplicación de los aparatos de intervención pública, marca, por tanto, una mutación en la estructura misma del Derecho: las normas jurídicas se conciben más que como normas de comportamiento y de organización, como normas que programan objetivos. Lo anterior genera como consecuencia, dificultades en los procesos de creación y aplicación del Derecho (Núñez, 2009).

Es en el referenciado contexto la generalizada conciencia, de los legislativos de los países andinos, de dos creencias que han actuado en detrimento de la calidad de la ley: la primera, el considerar que su labor será evaluada por la cantidad de proyectos de ley y de las leyes que efectivamente sean sancionados y la segunda, el pensar que solamente con las leyes se solucionan los conflictos jurídicos entre particulares y entre particulares y el Estado. *“La primera consideración ha llevado a una producción excesiva de leyes que han generado gran cantidad de reglamentaciones, propiciando inestabilidad jurídica, imposibilidad de conocer la ley, así esta se repute conocida, leyes producidas en su gran mayoría generales y ambiguas que contienen lagunas insanables gracias en gran parte a la ausencia de armonización y de falta de sistematización en su elaboración”* (Echeverri, 2009, p.11). La segunda consideración, que prevé que toda solución a los conflictos jurídicos entre particulares y particulares y

el Estado, requiere de una ley, desconoce la viabilidad de aplicar, en ciertas situaciones, normas supranacionales, y entre ellas, la reglamentación andina comunitaria.

- 3. Ausencia de Participación de los Órganos Descentralizados en el Proceso de Elaboración del Derecho Derivado Comunitario Andino:** Las dificultades de aplicación del derecho comunitario andino derivado por los órganos descentralizados, se deriva de factores que actúan negativamente durante la fase de elaboración de la normativa andina derivada (Morata, 1987); y para el caso de los Órganos Descentralizados colombianos, ello se percibe por su falta de capacidad de participar en el proceso de expedición de las mismas y a la debilidad político-institucional de las entidades descentralizadas.

Lo anterior, en modo alguno, genera conflictos competenciales entre las entidades descentralizadas y el poder central, cuando éstas invocando la autonomía de sus competencias, hacen caso omiso a la aplicación del derecho comunitario. Es por lo anterior que la descentralización administrativa debe dar pie a la búsqueda de cierta coordinación y cooperación entre el Estado central y las entidades descentralizadas con el fin de asegurar la armonía general en la ejecución del derecho comunitario (Sánchez & Barceló, 2008); circunstancia que hasta la fecha no ha sido canalizada jurídicamente al interior de la Comunidad Andina (CAN).

- En este orden de ideas, resulta recomendable que de conformidad con las competencias asignadas a las entidades descentralizadas, la Agenda de la Comunidad Andina forme parte de su planeación, lo cual implica la necesidad de crear al interior de los órganos descentralizados dependencias que posibiliten una coordinación intersectorial del trabajo propio de la Comunidad Andina y de las entidades descentralizadas.
- 4. Ausencia de Propuestas de Armonización Legislativa en la Comunidad Andina en el Tema de Descentralización Administrativa:** La integración andina puede ser considerada hoy una utopía, pero si se aplicase una matriz de reconocimiento de su necesidad, es indudable que resulta el ideal hacia el cual debemos dirigirnos. Por esa razón la estrategia en estos momentos es lograr hacerla más convergente y en ello desempeña papel de importancia, la armonización del Derecho de los países miembros.

Una de las cuestiones de mayor complejidad en la Comunidad Andina (CAN) es la integración jurídica, como quiera que si se quiere trabajar por el proceso de integración andino, en aras de que éste no se convierta en retórica, se ha de asumir una normativa común que favorezca la consecución de los objetivos del modelo (Prado, 2008).

Para efectos del proceso de integración andino se observa la inexistencia de propuestas de armonización legislativa que logren interactuar a los órganos descentralizados de los Estados miembros de la Comunidad Andina (CAN) con las finalidades propias del proceso de integración andino; en aras de lograr un nivel de implementación óptimo del derecho comunitario derivado. Para lo anterior es necesario que cada uno de los Estados miembros dicten leyes que establezcan los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las entidades descentralizadas; tarea que hasta la fecha no ha sido adelantada por los Estados miembros.

**5. Dificultades en la Aplicación de la Normativa Andina:** Al verificar las Decisiones y Resoluciones con carácter vinculante en la Comunidad Andina, se puede constatar que las mismas no producen los efectos deseados, por los aspectos que a continuación se proceden a referenciar:

- *Ausencia de Disposiciones Constitucionales que Garanticen la eficacia del Derecho Derivado Comunitario Andino:* Uno de los dos desafíos a los que se enfrenta el Estado de Derecho, según Ferrajoli, es el que deriva de la pérdida de soberanía de los Estados, por el desplazamiento de las fuentes del derecho fuera de sus confines, y por el consiguiente debilitamiento del papel garantista de las Constituciones Nacionales. Frente a estos procesos, afirma Ferrajoli, la única alternativa frente al ocaso de una integración jurídica e institucional, es la promoción de una integración jurídica e institucional, complemento de la integración política y económica y por lo tanto, el desarrollo de un constitucionalismo sin Estado, a la altura de los nuevos espacios, ya no estatales, sino supra estatales, a los que se han desplazado el poder y las decisiones (Ferrajoli, 2003)

Al verificar el contenido de las Constituciones de los países andinos, se puede constatar que en las mismas no existe fundamento constitucional suficiente para admitir la validez y carácter vinculante de las normas andinas de derecho secundario o derivado, es decir, aquellas que provienen de órganos comunitarios constituidos como el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, La Comisión y la Secretaría General. No obstante lo anterior, los Estados andinos, a través de la Jurisprudencia y de la Doctrina, han reconocido las características propias del derecho comunitario al Ordenamiento Jurídico Andino. En todo caso, es pertinente resaltar que la consagración constitucional que admita la validez y carácter vinculante de las normas andinas de derecho secundario o derivado del ordenamiento jurídico andino, permitiría mayor fluidez en la eficacia de las mismas.

De conformidad con las disposiciones constitucionales colombianas, es posible ceder a instituciones comunitarias andinas la regulación de diversos asuntos

que normalmente correspondería regular al derecho interno. En este sentido, el artículo 150.16 de la Constitución Política señala que por medio de tratados internacionales, el Estado puede “*transferir parcialmente determinadas atribuciones a organismos internacionales, que tengan por objeto promover o consolidar la integración económica con otros Estados*”. A pesar de lo dispuesto anteriormente, la Carta Política, no prevé qué competencias podrían ser objeto de cesión a la Comunidad Andina (CAN), cómo se efectuaría la respectiva cesión y por cuánto tiempo. Lo anterior en modo alguno, obstaculiza la aplicación del derecho comunitario derivado andino.

De otro lado, ninguna disposición constitucional precisa órganos encargados de vigilar la ejecución de las Decisiones normativas que emita la Comunidad Andina (CAN). Lo anterior genera como consecuencia el que el poder de decisión del gobierno central en las materias comunitarias y la competencia de ejecución de las instancias descentralizadas puedan generar divergencias de interpretación o problemas de coordinación a nivel interno. En este sentido, es pertinente anotar, que la negativa a ejecutar o la ejecución incorrecta por parte de los órganos descentralizados provocaría, sin duda, graves dificultades, en especial, el incumplimiento de los compromisos comunitarios asumidos por la representación estatal.

- *La Ausencia de Jerarquización del Derecho Comunitario Andino:* No existe, al interior del Derecho Andino de la Integración, una materialización del principio de jerarquía normativa. Si bien en un Estado constitucional de Derecho, los principios fundamentales del sistema de normas se encuentra contemplado en la propia constitución; en los Tratados, Acuerdos y Protocolos que conforman el Ordenamiento Jurídico Andino, no hay referencia alguna al principio de jerarquía normativa.

Es por lo anterior que con relación al rango normativo con el cual se incorpora el derecho comunitario andino secundario, aparecen problemas de jerarquía de las normas que no han sido suficientemente precisados. Al respecto, debe hacerse notar que parece lógico que no puedan tener igual rango las Decisiones de la Comisión de la Comunidad Andina y el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores, y las Resoluciones de la Secretaría General. En efecto, parece claro que la Decisiones citadas se incorporan al ordenamiento jurídico interno con la categoría de ley, mientras que las Resoluciones parecen tener la categoría de actos administrativos (Rodríguez, 2010).

- *La Tipificación del Derecho Comunitario Andino como Derecho Internacional:* El modelo de la Comunidad Andina parte de la voluntad política de sus Estados fundadores de transferir el ejercicio de algunas competencias soberanas a dicha

Organización Internacional para conseguir objetivos e ideales compartidos. El contenido y el ámbito de estas competencias ha particularizado la condición de la Comunidad (Alcoceba, 2008).

A diferencia de un sistema de cooperación típico de Derecho internacional, un sistema de integración supone la existencia de un interés común de los Estados que lo componen más allá del interés propio de cada uno de ellos. Es en este sentido que la originalidad del derecho de la integración, a este respecto, se encuentra en la introducción de un sistema que supera la tradicional representación única de los Estados, mediante la creación de un aparato institucional que aunque mantiene elementos intergubernamentales típicos de los aparatos institucionales de las estructuras internacionales de cooperación, introduce elementos de autonomía que la distancian de la voluntad de los Estados participantes en el sistema y que se impone jurídicamente a ellos y en el que no existe monopolio de los Estados miembros sino un equilibrio (en ocasiones muy difícil) de intereses (Alcoceba, 2008).

Al analizar la normativa comunitaria andina se puede constatar que en varias oportunidades su contenido no evidencia conexión directa con temas propios de la integración andina, sino con temas propios del derecho internacional, esto es, decisiones que se enmarcan en el ámbito de la cooperación, olvidándose el verdadero sentido del Derecho Comunitario Andino

- *Inexistencia de Claridad en las Competencias de las Entidades Descentralizadas y la Comunidad Andina:* Al analizar el Ordenamiento Jurídico Andino con el Derecho Interno se puede concluir que es difícil determinar las competencias que a cada nivel de gobierno le corresponde adelantar, por lo que el Gobierno Central corre el riesgo que se deje sin aplicación normativa y ejecutiva al derecho comunitario y, por consiguiente, la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional por las obligaciones adquiridas, sin poder justificar su inacción (Amezcu, 2008)

#### **6. Eficacia Relativa del Fenómeno de la Descentralización Administrativa:**

El proceso de descentralización puede tener múltiples objetivos. Entre los generales, podríamos mencionar lograr un mayor bienestar social, una administración más eficaz y más próxima a los ciudadanos, o mejorar la legitimidad política de las instituciones aumentando la densidad democrática municipal (Blas, 2008). Todo lo anterior con la finalidad de: i) buscar más gobernabilidad local para conseguir una mayor capacidad y estabilidad a la hora de diseñar e implementar políticas públicas por parte del equipo de gobierno; ii) lograr una administración más eficaz, transparente y próxima con la que se identifique la ciudadanía; iii) lograr un mayor bienestar social y equilibrio territorial;

iv) mejorar la legitimidad política aumentando la densidad y la calidad de la democracia municipal; v) acercar a los ciudadanos el gobierno de la ciudad haciéndolo más cercano y accesible; vi) establecer o/e impulsar espacios permanentes de participación ciudadana

Múltiples objetivos se le han asignado a la descentralización. Tantos que resulta difícil que pueda cumplirlos todos y de manera eficaz. Es en este sentido que a dicho sistema de organización administrativo se le ha conminado a ofrecer respuestas positivas en lo político, lo administrativo, lo fiscal, lo social y lo económico (Estrada, 2006); ¿Se han cumplido estos objetivos y alcanzado tan ambiciosos propósitos? ¿Qué tanto se ha avanzado en su concreción real? En aras de dar respuesta a los citados interrogantes es preciso anotar que del estudio atento de las normas constitucionales, así como de su desarrollo legislativo, se observa que son tantas las limitaciones económicas, administrativas, sociales y políticas, que en rigurosa técnica administrativa no puede hablarse de una verdadera descentralización administrativa en Colombia (Penagos, 1997, p. 111, b). La verdadera descentralización exige eliminar las políticas paternalistas, las limitaciones impuestas por el poder central, las orientaciones impuestas por medio del control de tutela, la coordinación y las políticas centralistas que desconocen la autonomía y la realidad de las entidades descentralizadas.

La Doctrina y la Jurisprudencia han hecho esfuerzos muy loables para armonizar el Estado Unitario con la descentralización que pregona el art 1° de la Constitución, pero la realidad nos lleva a cuestionar la autonomía que debe caracterizar a los entes descentralizados. El excesivo control de tutela que ejerce el poder central implica una velada intromisión en los asuntos de las entidades descentralizadas (Penagos, 1996, a); lo anterior aunado a la crisis de la democracia moderna, que en el fondo es una crisis de la participación, evidencia secuelas en la Descentralización administrativa (Penagos, 1997, p. 140, a).

Si se quisiera esquematizar las principales causales de la crisis de la descentralización se podrían mencionar las siguientes:

- La ausencia de profesionalización de la administración ante la creciente complejidad de las actividades y servicios desempeñados por la misma. La gestión por profesionales de entes descentralizados evita vincular las decisiones sobre el servicio a los vaivenes de la vida política. Con relación al particular, la Dra. Mora prevé: *“Cuando un país alcanza un cierto grado de civilización y su administración un cierto grado de complicación, se impone una organización más desarrollada de los intereses especiales porque el gobierno central y el gobierno local se convierten en objetivo de los partidos políticos, ya que éstos siempre tienen por objetivo la conquista del poder. Los servicios gene-*

*rales y los servicios locales sufren en cierta medida de esta lucha de partidos; se producen de vez en cuando cortes bruscos cuando un nuevo partido se pone a la cabeza de los asuntos, es decir, toma la dirección de los servicios. Pues bien, hay servicios particularmente delicados que es deseable poner al abrigo de estas perturbaciones políticas, lo que permite a su personal permanecer estable, se crean tradiciones que no corren el riesgo de quedar interrumpidas, se les permite tener un presupuesto distinto de aquellos que alimentan el conjunto de los servicios generales y locales y escapar así de sus vaivenes. Estos resultados se obtendrán si se ponen a la cabeza de estos servicios autoridades especiales”.*(Mora, 2008)

- Ausencia de participación ciudadana en la gestión descentralizada: El sistema de organización descentralizado debe ser un impulso para la participación ciudadana, aunque en muchos casos ésta es sólo nominalmente. Es por lo anterior que la descentralización administrativa debe implicar cinco modalidades que se pueden distinguir y que se deben fortalecer en su interior para que la misma produzca los efectos deseados: la informativa, la consultiva, la co-decisiva, la decisiva, y finalmente, la de cogestión. La función informativa busca que la información pueda circular en dos sentidos: ascendente, desde los ciudadanos hacia la autoridad, y descendente, desde los responsables públicos hacia los ciudadanos. En cuanto a la consultiva, los participantes expresan su opinión, la debaten con los respectivos representantes, y buscan el entendimiento y si es posible el acuerdo. En la co-decisiva, en la que existe un compromiso político de que salga adelante un acuerdo compartido entre los diferentes actores; evidentemente el poder político tiene capacidad de veto, pero si lo ejerce es para intentar negociar un nuevo acuerdo que pueda satisfacer al ejecutivo, y finalmente, en cuanto a la cogestión, los participantes asumen responsabilidades de la gestión e implementación. En este caso, lo más probable y conveniente (salvo excepciones que justifican cada experiencia concreta), es que exista un desequilibrio en las responsabilidades del proceso de cogestión entre la administración y la sociedad civil (Blas, 2008)
- La ausencia de contextualización de las Entidades Territoriales con el acaecimiento de nuevos fenómenos internacionales: *“La figura del Estado – nación es históricamente reciente, puesto que corresponde a un desarrollo de tres siglos y medio, desde la formación del Estado westfaliano a partir del Siglo XVII, pero está siendo cuestionada por la actual ola de globalización que incorpora diferentes cambios en lo económico, lo político, lo regional y lo territorial”* (Vieira, 2008, p.220)

Esta situación del papel del Estado fue estudiada por una autoridad de las relaciones internacionales, la británica Susan *Strange*, quien considera *“que*

*los Estados están a un paso de convertirse en instituciones huecas por la pérdida de autoridad y de influencia sobre las transacciones económicas al interior de las fronteras territoriales, que buscan más bien ahora aliados comerciales que aliados militares y que comparten su autoridad con otras unidades de la economía y de la sociedad a nivel supranacional y regional” (Strange, 1998, p. 147-148)*

En efecto, la lógica estatal del Estado westfaliano se basaba en los atributos de la territorialidad, soberanía y seguridad, los cuales se han visto sacudidos por el contexto de la globalización, donde nuevos actores transnacionales van a tomar el relevo, escapando de las limitaciones territoriales y de la soberanía de los Estados.

Lo anterior se corrobora cuando *“desde la colonia misma hasta la actualidad se han propuesto diversos modelos de regionalización y de ordenamiento territorial en el territorio colombiano; se pueden contar más de 20 iniciativas importantes en los casi 200 años de historia republicana. Esto demuestra por lo menos dos cosas: i) la importancia del tema para la realidad nacional dado su recurrencia y ii) la dificultad para establecer un modelo adecuado que satisfaga los diversos criterios, intereses y expectativas. Además se evidencia un solapamiento o yuxtaposición de diversos modelos de ordenamiento que coinciden sobre un mismo territorio de manera puntual, pero cuyos límites no son coincidentes entre ellas: modelos político administrativos (provincias, departamentos, municipios...) con modelos judiciales (jurisdicciones y distritos judiciales), de planificación (Corpes), económicos (polos de desarrollo, regionalización nodal, zonas económicas especiales de exportación, zonas de integración fronteriza...), electoral (circunscripciones, zonas, puestos), ambientales (Car,s), militares (brigadas), y hasta eclesiásticos (diócesis, parroquias), entre otros. Esto obviamente causa un cierto desorden, descoordinación y fragmentación de la acción sobre los territorios” (Jiménez, 2010, p. 85)*

## CONCLUSIONES

La descentralización administrativa en el marco de la Comunidad Andina supone la necesidad de crear propuestas de armonización legislativa y canales de coordinación entre los poderes centrales de los países andinos, las entidades descentralizadas y los competentes órganos e instituciones del Sistema Andino de Integración.

La integración andina es un mecanismo pertinente para hacer jaque al proceso de globalización. En otras palabras, la integración andina es un mecanismo que permite a los Estados andinos matizar los efectos del fenómeno de la globalización.

El ejercicio de conceptualizar la integración andina, supone no solamente tener en cuenta aspectos de orden económico, sino aspectos políticos y jurídicos, como quiera que dicha integración ha pretendido desarrollarse desde una perspectiva multifuncional.

Los Estados andinos no se comportan en el marco del proceso de integración andino, y como consecuencia de ello, no están preparados para asumir las consecuencias favorables y desfavorables de la integración andina. Es por lo anterior que resulta de interés iniciar el debate de una reforma institucional a la Comunidad Andina, en aras de que los Estados aprovechen las bondades intrínsecas de un proceso de integración.

#### REFERENCIAS:

- ALCOCEBA M. (2008). La reorientación estatista del proceso de integración europea, *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas - Núm. 29, Junio 2008*. Documento Extraído el 6 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/51364983>
- AMADO O. (2007). Descentralización: ¿Una Herramienta de Privatización?, en *Revista IUSTA* – Universidad Santo Tomas. Bogotá, Colombia. Edición No. 26, Enero – Junio de 2007.
- AMEZCUA L. (2008). Algunas Consideraciones Generales sobre la Aplicación del Derecho Comunitario en España en *Revista Electrónica de Derecho Procesal* (Universidad de Siena) - Núm. 2-2008, Diciembre 2008. Documento Extraído el 26 de Diciembre de 2011 de <http://vlex.com/vid/197651553>
- BLAS A. (2008). El reto de la descentralización participativa en el ámbito local. Un acercamiento a los problemas y las disyuntivas en *Democracia participativa y desarrollo humano*. Documento Extraído el 22 de diciembre de 2011 de <http://vlex.com/vid/41020956>
- CAMPUZANO A. (2010, a). *El Pluralismo Jurídico y la Ciencia del Derecho*. Documento Extraído el 10 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/217474465>
- CAMPUZANO A. (2010, b). ¿Está en crisis el imperio de la ley? En *la transición paradigmática de la teoría jurídica*. Documento Extraído el 3 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/217476633>
- DIEZ-HOCHLEITNER J. (1998). *La Posición del Derecho Internacional en el Ordenamiento Comunitario*. Madrid, España.: Mc Graw Hill.
- ECHEVERRI D. (2009). Elementos Básicos para mejorar la calidad de la normatividad andina dentro de la nueva visión estratégica de la CAN, *Revista: Rescate del pensamiento Latinoamericano, Edición VI, Parlamento Andino*.

- ESTRADAL. (2006). La Lenta Agonía de la Descentralización. *Revista Ratio Juris* - Núm. 4, Diciembre 2006
- FERRAJOLI L. (2003). *Pasado y Futuro del Estado de Derecho*. Madrid, España.: Trotta (pp.22, 23)
- GALIANA A. (2003, a). Hacia un nuevo modelo legislativo del estado de derecho, en La legislación en el Estado de Derecho. Documento Extraído el 5 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/190789>
- GALIANA A. (2003, b). Características de la Ley en el Estado Social, en La legislación en el Estado de Derecho. Documento Extraído el 5 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/190788>
- GARCÍA E. (1998). Constitución Económica y Constitución Territorial Económica. *Revista catalana de derecho público* - Núm. 22, Julio 1998 (España). Documento Extraído el 30 de diciembre de 2011 de <http://vlex.com/vid/63073741>
- GUERRA A. (1997). *La Integración de América Latina y del Caribe: La Práctica de la Teoría*. Ciudad de México, México.: Instituto de Investigaciones Económicas Universidad Nacional Autónoma de México
- JIMÉNEZ W. (2010). Ordenamiento Territorial: Problema Bicentenario en *Revista Diálogos de Saberes* – Universidad Libre. Bogotá, Colombia. Edición No. 33 Julio – Diciembre.
- LUCES Y SOMBRAS..., (2002). Luces y sombras de la globalización: El futuro de los sistemas de bienestar, en *Estudios sobre consumo – Num 61, Abril 2002*. Documento extraído el 2 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/50269809>
- MORA A L. (2008). La Descentralización administrativa en el sector local. Fundamentos conceptuales y análisis comparado en *Descentralización administrativa local y disciplina presupuestaria. Análisis empírico de los grandes municipios españoles*. Documento Extraído el 25 de Diciembre de 2011 de <http://vlex.com/vid/52375063>
- MORATA F. (1987). La ejecución del derecho comunitario en los estados miembros descentralizados: un enfoque jurídico - político, *Revista catalana de derecho público - Núm. 7, Septiembre 1987*. Documento Extraído el 3 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/67881784>
- NÚÑEZ M. (2009). *Estado, Derecho y Religión en Oriente y Occidente*. Documento extraído de <http://vlex.com/vid/65576105>, el 20 de septiembre de 2011
- PALOMARES J R. (2008). Comunidad Andina: Es vinculante el Derecho Comunitario?. *Revista Vía Inveniendi et Iudicandi - Núm. 5, Mayo 2008*. Documento Extraído el 20 de noviembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/42489356>
- PENAGOS G (1996, a). *Derecho Administrativo General*, Tomo I, Santa Fe de Bogotá D.C.: Librería del Profesional
- PENAGOS G. (1996, b). Entidades Descentralizadas. Bogotá, Colombia.: Ediciones Librería del Profesional

- PENAGOS G. (1997). *La Descentralización en el Estado Unitario*. Bogotá, Colombia.: Ediciones Doctrina y Ley Ltda.
- PLATA L & YEPES D (2009). La Naturaleza Jurídica de las Normas Comunitarias. *Revista de Derecho de la División de Ciencias Jurídicas - Núm. 31, Junio 2009*. Documento Extraído el 2 de enero de 2011 de <http://vlex.com/vid/66329276>
- PRADO M. (2008). El derecho y su incidencia en el proceso de integración, *Revista Cubana de Derecho - Núm. 31, Junio 2008*. Documento extraído el 3 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/50035540>
- RODRÍGUEZ L. (1998). *Derecho Administrativo General y colombiano*. Bogotá, Colombia.: Temis
- RODRÍGUEZ L. (2010). El Derecho Administrativo frente a la internacionalización del Derecho y en particular frente al Derecho Comunitario, en *Retos y perspectivas del derecho administrativo*. Documento Extraído el 3 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/77329889>
- Sánchez V M & Barceló M. (2008). Relaciones entre el derecho comunitario y los ordenamientos jurídicos de los estados miembros en *Lecciones de derecho de la Unión Europea*. Documento Extraído el 5 de diciembre de 2010 de <http://vlex.com/vid/57861851>
- STRANGE S. (1998). El Estado Hueco, en *Postmodernismo y Relaciones Internacionales*. Bogotá, Colombia. Carlo Nasi (Edit), Pontificia Universidad Javeriana, Universidad de los Andes, Universidad Nacional
- VIEIRA E. (2008). *La Formación de Espacios Regionales en la Integración de América Latina*. Bogotá, Colombia.: Convenio Andrés Bello





Autor: Jenaro Mejía Kintana  
Título: Familias  
Técnica: Acrílico sobre madera  
Dimensión: 30 x 58 cm  
Año: 2006

## ***LA EJECUCIÓN DE LAS NORMATIVIDADES PENALES EN COLOMBIA: 1888-1910\****

---

\* Este escrito hace parte de la Tesis Doctoral titulada: *GOBERNAR, REFORMAR Y ENCARCELAR: LA CONSTRUCCIÓN DEL ORDEN EN COLOMBIA, 1888-1910*, presentada para optar al título de Doctora en Historia en la Universidad Nacional de Colombia.

Fecha de recepción: 29 de febrero de 2012

Fecha de aprobación: 7 de junio de 2012

## LA EJECUCIÓN DE LAS NORMATIVIDADES PENALES EN COLOMBIA: 1888-1910

*Lina Adarve Calle\*\**

### RESUMEN

En este escrito se aborda el tema de los lugares donde se ejecutaban las penas impuestas por los jueces Colombianos entre 1888 y 1910. El análisis que propone éste trabajo, se centra, principalmente en las normas que estipulaban los castigos en el Código Penal Colombiano de 1837, porque no tuvieron ninguna variación en el Código Penal de 1890.

**Palabras clave:** Sistema penal, prisión, trabajos forzados, colonias penales.

### THE EXECUTION OF LAW PENALTIES IN COLOMBIA: 1888-1910.

### ABSTRACT

In this paper points the issue of the places where executes the penalties imposed by the Colombian judges between 1888 and 1910. The analysis proposed in this work, main focused in the norms that stipulates the punishment in the Colombian penalty law of 1837, because doesn't have any variation in the penalty law of 1890.

**Key words:** Penalty system, prison, forced labour, penalty colonies.

---

\*\* Profesora Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia.

## LA EJECUCIÓN DE LAS NORMATIVIDADES PENALES EN COLOMBIA: 1888-1910

### PRISIÓN, ENCIERRO Y TRABAJOS FORZADOS

La prisión surgió como uno de los mecanismos de la sociedad disciplinaria. Esos mecanismos buscaban, a través de técnicas muy precisas (el arte de las distribuciones, el control de la actividad, la organización de la génesis, la composición de las fuerzas, la vigilancia jerárquica, la sanción normalizadora, el examen) transformar al individuo en un sujeto dócil políticamente y productivo económicamente. Esta función la comparte la prisión con la escuela, la fábrica, el cuartel y otras instituciones sociales.

En el siglo XIX se conocieron cinco sistemas de prisión: el de clasificación, el de Filadelfia o celular, el de Auburn o mixto, el irlandés y las colonias penales (Posada Segura, 2009, p. 248). El primero buscaba la “separación moral” de los delincuentes; por ello agrupaba a los condenados por tipo de delito: asesinos con asesinos, ladrones con ladrones, etc. El sistema celular, denominado también filadelfiano, surgió en 1790; con él se procuraba un aislamiento permanente de los prisioneros en sus celdas y se les obligaba a leer la “sagrada escritura” y libros religiosos; con este tipo de prisión, se procuraba mantener a los penados en aislamiento absoluto de día y de noche, no se les permitía ningún tipo de comunicación y, una sola vez por día, se les proporcionaba alimento; según sus promotores, este sistema de prisión ayudaba a los prisioneros a la meditación, al arrepentimiento y a la penitencia.

El sistema de castigo denominado Auburn se comenzó a implementar en 1820 en la cárcel del mismo nombre, localizada en el Estado de Nueva York (E.E.U.U.). En este sistema, los presos trabajaban de día (innovación frente a los otros sistemas de castigo) y no podían comunicarse entre sí mientras laboraban; además, los mantenían aislados en la noche y del mundo exterior (no había visita). En general, aplicaba una rígida disciplina (las infracciones a los reglamentos penitenciarios eran sancionadas con castigos corporales).

El irlandés, por su parte, era progresivo, se operaba en cuatro períodos. En el primero, los condenados eran aislados completamente y los evaluaban psicólogos y terapeutas, a fin de conocer sus instintos más perversos y sus principales aptitudes; se buscaba con ello corregir los primeros y fomentar las segundas. En el segundo,

los condenados permanecían aislados solamente de noche, cada uno en su celda, trabajando colectivamente durante el día. A continuación, se establecía un período de “prueba”, en el cual al preso se le autorizaba desplegar sus actividades, con la advertencia de que si incurría en alguna falta sería regresado al primero, después podría pasar al cuarto período, en el cual los condenados tenían la perspectiva de que se les rebajara la condena.

En Colombia, se expidió la primera ley sobre establecimientos de castigo en 1835 que, a su vez, fue adicionada mediante el decreto reglamentario del 5 de enero de 1837 (Posada Segura, 2009, p. 249). El Código Penal de 1837, como ya se dijo, establecía penas corporales e incorpales, que se deberían imponer a los infractores de las normas penales, y estipulaba la forma de ejecutarlas. Las penas corporales eran las siguientes: muerte, trabajos forzados, presidio, reclusión en una casa de trabajo, prisión, expulsión del territorio de la República, confinamiento en un distrito parroquial, cantón o provincia determinada y destierro de un lugar o distrito determinado. Las no corporales eran: declaración expresa de infamia; privación de los derechos políticos y civiles, de algunos de ellos, o la suspensión de los mismos; sujeción a la vigilancia de las autoridades; inhabilitación o suspensión para ejercer empleo, profesión o cargo público en general, o en clase determinada; privación de empleo, pensión, profesión o cargo público; arresto; apercibimiento judicial; obligación de dar fianza de buena conducta; multa y pérdida de algunos efectos cuyo importe se aplique como multa (Código Penal, 1873, arts. 18, 19 y 20).

En la misma codificación, se ordenaba que la condena a trabajos forzados no podía exceder de dieciséis años, la de reclusión de diez y la de prisión de ocho (Código Penal, 1873, arts. 43, 49 y 53); igualmente, se estipulaban los lugares donde se debían cumplir las penas y el procedimiento a seguir para ejecutar la sentencia, así como las actividades que debían desarrollar los reos en los establecimientos de castigo. La ley 1 del 27 de junio de 1837 establecía que los reos condenados a presidio deberían ser conducidos inmediatamente al sitio designado en la providencia condenatoria, advirtiendo que el lugar asignado debía estar ubicado dentro de la misma provincia del domicilio del condenado, previendo, además, que en el caso de que no existiera un establecimiento de castigo de ese tipo en dicha provincia fuera conducido al presidio de la más cercana.

Además, determinaba que los presidiarios se deberían ocupar en trabajos de obras públicas todos los días, a excepción de los días festivos, por nueve horas diarias por lo menos y no podría eximirse del trabajo sino por un impedimento físico suficientemente comprobado; igualmente, exigía que se les colocara un grillete en el pie (Código Penal, 1873, art. 43). Por otra parte, los condenados a reclusión deberían ser conducidos a una casa de trabajo, siempre y cuando ésta existiera en

la provincia, o en las provincias inmediatas al domicilio del reo y si no existía, los reos podían ser enviados a las cárceles públicas de la capital de la provincia.

Según las normas implementadas, los condenados deberían trabajar constantemente en el oficio, arte u ocupación en el que fueran más aptos (Código Penal, 1873, art. 44). Durante no menos de ocho horas los hombres, y seis las mujeres. También se advertía que “sobre el término de duración del trabajo, no habría ni rebaja, ni exención, ni dispensa alguna; a no ser que tuvieran algún impedimento físico suficientemente comprobado” (Código Penal, 1873, art. 44).

Desde esta perspectiva, se puede inferir que el legislador de 1837, al referirse al tema de las penas y los lugares donde debían ejecutarse, sin nombrarlo explícitamente, pretendía implementar en Colombia el sistema carcelario de Auburn antes descrito, pues, además de hablar de trabajo de los internos y las horas del mismo, establecía que el “condenado á prisión la sufrirá dentro de la provincia de su domicilio en un castillo, ciudadela ó fuerte, ó una cárcel bien segura, separado en cuanto fuere posible de los demás presos. Allí se ocupará en los trabajos de su elección, cuyo producto hará íntegramente suyo, con calidad de proveer por si á su subsistencia siempre que su trabajo ó sus haberes sean suficientes al efecto” (Código Penal, 1873, art. 430).

En el artículo 54 del código citado, se ordenaba que los reos, condenados a expulsión del territorio de la República, fueran conducidos en calidad de presos, hasta cualquiera de las fronteras del país. Igualmente, se determinaba que esta pena no podía pasar de quince años. Por otra parte, la legislación penal de 1837 estipulaba que la persona condenada a confinamiento en un distrito parroquial, cantón o provincia determinada debería ser enviada a “la autoridad local respectiva, á la cual deberá noticiar su habitación y modo de vivir, y no podrá salir del lugar señalado para el confinamiento” (Código Penal, 1873, art. 54).

Por otra parte, en el mes de mayo de 1838, se expidió la ley 4 (De Pombo, 1845, p. 230) que adicionaba el Código Penal y establecía que sólo existirían lugares de castigo en las provincias que determinara el poder Ejecutivo, eso sí, previo informe de los gobernadores y de las cámaras de provincia y que, cuando en alguna o algunas de dichas provincias no pudieran establecerse establecimientos de presidio o de reclusión, “se reunirán dos ó más provincias formando un distrito para sostener un establecimiento, en que sufran las penas los reos que en ellas sean condenados” (De Pombo, 1845, p. 230).

Al igual que la ley de 1837, ésta pretendía implementar el sistema de castigo denominado Auburn, pues exigía que las casas de reclusión y los lugares de prisión y castigo debían contar con talleres de artes y oficios, y que los reos deberían estar

separados, “siempre que fuere posible”, para dormir. Esta medida obligaba a que los establecimientos de castigo tuvieran celdas individuales; exigencia que se quedó en el papel, como tantas otras, pues el hacinamiento carcelario es un hecho demostrado y ha sido un problema endémico en Colombia.

La ley 4 de 1838, además de ocuparse de asuntos locativos, también estableció los castigos que debían infringirse a los condenados. En ese sentido, ordenaba, en el artículo 18, que al reo condenado,

[...] á trabajos forzados, al presidiario ó al recluso que rehúse trabajar ó cometa algún acto de insubordinación ó inobediencia, ó alguna falta contra los reglamentos, podrá apremiársele ó castigársele con los apremios i castigos siguientes: encierro solitario; privación de cama; cepo; disminución de alimento, hasta reducirlo á pan i agua una sola vez al día; i golpes de látigo á la espalda, que no podrán aplicarse en un día más de veinticinco á los forzados, diez i seis á los presidiarios i ocho á los reclusos (De Pombo, 1845, p. 230).

Los castigos aplicados no paraban ahí, en el artículo 19, se establecía que respecto de los condenados a prisión, “la pena ó apremio que se imponga al reo será la de encierro solitario al que podrá añadirse, cuando este no sea suficiente, la privación de la luz, i en caso extremo la disminución de alimento, reduciéndolo a pan i agua una sola vez al día” (De Pombo, 1845, p. 230), además, no se le permitiría a los condenados a trabajos forzados, ni al recluso de ninguna especie, que disfrutara del juego ni otro pasatiempo o recreación que “no sea inocente i en las horas de descanso. Tampoco se les permitirá tomar licores sino en muí pequeñas cantidades, i segun el clima i especie de alimentos que se les suministren” (De Pombo, 1845, p. 231).

Si bien la ley expedida en 1838 ordenaba que ese año se construyeran establecimientos de castigo en todas las provincias que integraban la Nueva Granada, sólo se llegó a construir uno en Villa de Leyva. Posteriormente, hacia 1846, ya existían dos establecimientos de trabajos forzados, uno en Chagres (Panamá) y otro en Cartagena; tres presidios, uno en el Cauca, otro en Cartagena y el tercero “en el camino entre Bogotá y la Costa Atlántica” (De Pombo, 1845, p. 231); además, tres casas de reclusión, una en Guaduas, otra en Popayán y la última en Bocas del Toro.

A fin de procurar la aplicación de las normas establecidas en el Código Penal de 1837, se expidió el primer reglamento penitenciario en el año 1889 que desarrollaba y ponía en ejecución el modelo penitenciario denominado Auburn.

Entre otras disposiciones el reglamento penitenciario establecía las condiciones que debían seguirse en las casas de prisión y reclusión, “para fijar, con arreglo a sus condiciones, la marcha más adecuada y conveniente, como lo exigen medidas

de orden, precaución y seguridad” (Archivo General de La Nación, Fondo Gobernaciones, 1889, f.667). Las condiciones eran las siguientes:

Art. 1. Todos los empleados de los establecimientos carcelarios tienen el indispensable y preciso deber de mantener una constante vigilancia, para que el orden sea inalterable, tanto de las horas del día como de la noche; impidiendo toda clase de gritos, voces destempladas u obscenas, palabras sacrílegas, y por consiguiente, todo género de cuestiones o pendencias, sea con palabras y con mayor razón de vías de hecho. [...]

Art. 3. Todos los días, a las seis de la mañana, se abrirán las puertas de los departamentos o habitaciones en que duermen los presos, las cuales deben tener las debidas seguridades; inmediatamente se les pasara lista y serán registrados para impedir la ocultación de toda clase de armas o instrumentos con que puedan dañarse, o que puedan servir para perforar los muros del edificio o cortar las maderas de las puertas o ventanas. [...]

Art. 7. A las seis de la tarde se volverá a pasar lista, para que en el orden en que fueron llamados vayan entrando en los respectivos dormitorios, donde serán debidamente asegurados y custodiados. [...]

Art. 9. La celdas ocupadas por los sentenciados a la pena de aislamiento, serán también vigiladas y examinadas por los ayudantes; cuidado de que haya en ellas el mayor aseo; que sus puertas no sean abiertas sino a los tiempos absolutamente indispensables, y que no tengan la más leve comunicación con ninguna persona. [...]

Art. 17. Siendo la religión Católica, Apostólica y Romana la dominante en la Republica, cuyo culto profesa la inmensa mayoría; y siendo indispensable a la moralidad que debe inculcarse a los presos, la constante practica de todas las prescripciones impuestas por la Santa Madre Iglesia; se recomienda con toda eficacia al venerable capellán del establecimiento, que continúe la evangélica misión impuesta por su sagrado ministerio, sin prescindir de ninguna de las practicas del rito. (Archivo General de la Nación, 1889, Sección República, Fondo Gobernaciones, vol. 1, fol. 667)

Por otra parte, según Frédéric Martínez, en los primeros años de la década de 1870 nació el proyecto de construir una cárcel panóptica en Bogotá que venía gestándose desde 1853, año en que en el gobierno de José María Obando, se abolía la pena de trabajos forzados; que significó que los establecimientos de reclusión, destinados para este tipo de pena, desaparecieran del ordenamiento penitenciario colombiano (Posada Segura, 2009, p. 253). Martínez afirma, que por solicitud del gobierno del General Santos Gutiérrez Prieto, se retomaron los planos de la cárcel panóptica de Thomas Reed, que habían sido desechados por el Congreso en 1853:

Fueron modificados en 1872 por Ramón Guerra Azuola, mientras que Enrique Cortés se encarga de traducir del inglés algunos documentos “relativos a la

organización y administración de las casas de prisión, con el objeto de que, circulando en Sur América, se preparase la opinión pública y se enviasen comisionados al Congreso Internacional sobre Penitenciarias y Establecimientos de Reforma que se debe reunir en Londres en 1872” (Cortés Enrique, Carta de E. Cortés al Secretario del Interior, Bogotá, 5 de agosto de 1871, Archivo General de la Nación, MI, t. 81, f. 485, Citado en: MARTÍNEZ Frédéric, Op.cit., p. 378).

La construcción del panóptico en Bogotá comenzó en 1874 a partir de los planos modificados de Thomas Reed y terminó en 1905. En esa misma dirección de construcción de establecimientos de castigo, en 1890, las religiosas del Buen Pastor fundaron, también en Bogotá, la primera cárcel para mujeres (Campuzano Cuartas, 2000).

Cuando se expidió el Código Penal de 1890, no hubo ningún cambio en relación con este tema: del partir del artículo 39 hasta el 88, recoge lo estipulado por el Código de 1837 y en las demás leyes y normas atrás analizadas. Tampoco estipuló ningún cambio en el reglamento que regía en los establecimientos carcelarios.

## COLONIAS PENALES

Las colonias penales, desde sus inicios en Europa, respondieron al interés político y económico de los diferentes Estados de enviar a sitios apartados e inhóspitos a las personas que delinquen. Algunos autores como Alberto Constain, señalan que con ello se buscaba beneficiarse de su trabajo y demarcar un dominio en territorios apartados, de frontera, en la perspectiva de poblarlos. De esta forma, Inglaterra llegó a poblar territorios de Australia y Tasmania y sectores de Norte América; Francia, por su parte, desde finales del siglo XVIII, las implementó en las Guayanas, donde los prisioneros debían permanecer el doble del tiempo fijado en la condena y en el caso de penas superiores a ocho años, la residencia era permanente. En Latinoamérica, la intención de poner en funcionamiento dichos lugares de castigo, fue la misma que en Europa. En el caso de México, por ejemplo, éstas se ubicaron en el Valle Nacional y las Islas María (Constain, 1919, p. 21).

En Colombia, las colonias penales fueron creadas como centros de reclusión para el cumplimiento de la pena del mismo nombre,<sup>1</sup> mediante un decreto Ejecutivo expedido por el Presidente de la República, General Eustorgio Salgar en 1871. En esa normatividad, se estipuló que para Cundinamarca, Boyacá y Santander, se

---

1 Establecida en 1871 mediante la ley 200 del mismo año (Actos legislativos, 1871, p. 46).

estableciera una colonia penal en la población de Orocué y otra en Casanare; para Cauca y Nariño, en el Putumayo; para el Tolima, una en Florencia y otra en Caquetá y para Bolívar, Antioquia y Magdalena, una colonia penal ubicada en la región del Chocó y la isla de San Andrés (Diario Oficial, 1872, 4 de febrero, No 899, p. 157).

Al igual que en los demás países, en Colombia las colonias penales se concibieron como una forma de castigo por medio del cual se buscaba, no sólo la “resocialización” del condenado, sino, además, poblar las zonas más retiradas e inhóspitas de la geografía nacional y que estos territorios fueran explotados económicamente en beneficio de los presos y sus familias y, especialmente, en beneficio de las arcas estatales.

Los sentenciados a dicha pena eran enviados a habitar lugares inhóspitos, deshabitados, donde “recordaran poco su delito y tuvieran nuevas perspectivas vitales” (Memoria del Ministro de Gobierno al Congreso en sus sesiones ordinarias de 1916. (1916). Bogotá: Imprenta Nacional. 4), y donde pudieran explotar económicamente un terreno baldío. Los condenados eran enviados -junto con sus familias si ellos estaban de acuerdo- a los lugares donde funcionaban las colonias penales y, según las normas legales, se les debía adjudicar un espacio de terreno, suministrar medios de transporte para las familias, herramientas, semillas y medios de subsistencia hasta la primera cosecha, además, se disponía que en dichos lugares de castigo, debían establecerse talleres como herrerías y carpinterías y que los penados devengarían los recursos económicos suficientes para velar por la subsistencia de ellos y de sus familias (Diario Oficial, 1872, 4 de febrero, No 899, p. 157).

Los fines que se perseguían con la implementación de las colonias penales se quedaron en el papel, pues a los condenados no se les proveyeron los implementos y bienes ordenados por las normas; los espacios físicos eran miserables, insanos e insalubres, lo que ocasionó que los pocos “presos concesionarios de tierras que las han cultivado con interés; no piensen sino en el día de su libertad para vender todo e irse” (Memoria del Ministro de Gobierno al Congreso en sus sesiones ordinarias de 1916. 4) y los que se quedaban, se convertían en un problema social pues, ante la escasez de alimentos para ellos y sus familias y ante la ausencia absoluta de sitios de trabajo, se desplazaban a las poblaciones cercanas a saquear las casas de sus habitantes y las tiendas de víveres.

Más allá de estos problemas, las colonias penales se implementaron en Colombia. En 1905, el presidente Reyes, mediante el decreto Legislativo número 9, creó algunas nuevas, pues como se señaló antes, las colonias penales existían en Colombia desde 1871, lo novedoso que introdujo el gobierno del general Reyes fue que éstas fueran, además, militares (Diario Oficial, 1905, 21 de enero, No 12.264, p. 65). El decreto expedido establecía que serían enviados a dichos

establecimientos de castigo, a juicio y discreción del poder Ejecutivo, aquellas personas que cometieran delitos comunes, los infractores de las leyes fiscales o de las disposiciones de policía. Se determinaba, igualmente, que en esos sitios de castigo habría un director militar, un custodio o guardián, un médico, “un capellán del culto católico y dos maestros de escuela, uno para cada sexo. Todos estos empleados serán de libre nombramiento y remoción del poder Ejecutivo” (Diario Oficial, 1905, 21 de enero, No 12.264, p. 65).

Ahora, al igual que la administración, el régimen disciplinario del establecimiento de castigo era reglamentado por el Ministerio de Gobierno y ejecutado por un militar, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes bases:

1° Que se procure, además de la seguridad de los delincuentes, su mejoramiento moral, inculcándoles ideas y hábitos de respeto a los derechos de los demás hombres, de laboriosidad y honradez, empleando los medios suaves de preferencia, en cuanto sean compatibles con la seguridad del reo y el cumplimiento de las obligaciones que por su condición se le impongan [...]

3° Que se prohíba a los reos el uso de licores embriagantes

4° Que no se les permita comunicación con las personas de fuera del establecimiento, sino por graves motivos de necesidad o conveniencia, comprobados sumariamente

5° Que a los reos se les mantenga ocupados en algún oficio, arte u otro género de trabajo, para lo cual se montaran los talleres correspondientes, procurando que para los varones sean agrícolas y para las mujeres fabriles

7° Que las obras construidas por los reos, y en general el producto del trabajo de estos, después de deducido el valor de las herramientas y de las materias primas que se hayan suministrado por cuenta del respectivo establecimiento, y el de los alimentos y vestido de los reos, se destine a formar un fondo de reserva para auxiliar a los que cumplan con su condena, o para entregarlo a sus herederos o sucesores [...]

10° Que el trabajo de los reos pueda darse en arrendamiento para emplearlo en obras de interés general, pudiendo ser destinados a trabajos en obras públicas, sin remuneración alguna [...]

16° Que se hagan semanalmente a los reos prácticas doctrinales por el ministro del culto, capellán del establecimiento, y se facilite la administración de los sacramentos a los que los soliciten [...] (Diario Oficial, 1905, 21 de enero, No 12.264, p. 65).

El mismo año, específicamente el 17 de marzo, de forma ilegal, pues se hizo a través de una circular y no por medio de una resolución o un decreto como lo ordenaba la Constitución Política “vigente, el Ministro de Guerra amplió el espectro de conductas por las cuales una persona podía ser enviada a una colonia penal y

militar. La circular número 1016, dirigida a los gobernadores, los comandantes, los generales de división y los jefes militares de los departamentos, era motivada por el hecho de procurar “llevar a término el inquebrantable propósito [del Gobierno] de velar incesantemente por la tranquilidad y bienestar de los asociados, y de prevenir y evitar todas las causas que atenten contra su vida, honra e intereses”, los autorizaba, a su leal saber y entender, para que incorporaran al ejército o fueran enviados a las colonias penales y militares, a los “individuos de carácter revoltoso y pernicioso, lo mismo que los vagos”, a fin de “lograr su corrección” (Diario Oficial, 1906, 27 de mayo, No 12.432, p. 739).

Igualmente, en 1906, se reglamentaba, una vez más, el funcionamiento de las colonias penales y militares mediante el decreto 624 del mismo año. Según dicha disposición, los jefes militares de las colonias tenían el deber de “velar por la moralidad y buena conducta de los empleados y de los reos” y de “conocer por sus nombres a todos estos, y observar cuidadosamente sus malas intenciones, para dirigir su corrección por los medios adecuados” (Diario Oficial, 1906, 7 de junio, No 12.664, p. 513).

El *Diario Oficial* publicó un informe dirigido al Congreso de la República, elaborado por el Ministro de Gobierno José Domingo Ospina C., en el que se afirmaba que el sistema penitenciario colombiano no existía, pues los lugares para recluir a los presos no eran apropiados para cumplir con las exigencias mínimas de un establecimiento de castigo, a excepción del panóptico de Tunja y el de Bogotá (cuando estuviera concluida su construcción), “resultando de ello que la penalidad se relaja, la seguridad de los penados es insuficiente y no se atiende al mejoramiento individual de los delincuentes, por medio de la educación moral y de la enseñanza de arte u oficio que les dé medios de vivir honradamente al volver á la vida ordinaria” (Diario Oficial, 1890, 5 de octubre, No 8.199-8.200, p. 157).

La anterior era la voz oficial. La de los académicos, como la del abogado Miguel Martínez, aseguraba que ninguna cárcel del Departamento de Antioquia servía siquiera medianamente para su objeto. “Es mucho que, al menos la de la capital, sirva tan sólo para evitar algunas fugas; ¿cómo estarán las de los otros Distritos y Circuitos?” (Martínez, 1895, p. 40). Ese diagnóstico y esa pregunta ¿eran válidos para todo el país? La respuesta a dicho interrogante era afirmativa.

Así como las mayores inquietudes del gobierno, de los académicos y las personas del común, respecto al tema del sistema penitenciario, eran los espacios físicos donde iban a parar los “delincuentes” y eran pocos los que se interesaban por las condiciones de salud de los presos y la manera como eran o no respetados sus derechos y las garantías legales. Algunos llegaron a formular denuncias sobre las arbitrariedades y los desmanes que se cometían en dichos establecimientos de cas-

tigo, como es el caso de Adolfo León Gómez quien publicó el libro *Los secretos del panóptico* (León Gómez, 1905, p.6).

En los periódicos de la época se publicaron comentarios y denuncias de corrupción en los diferentes establecimientos de castigo. Por ejemplo, el periódico *El Autonomista* se divulgaba una carta enviada por alguien que se denominaba a sí mismo “Escudriñez”, en la que acusaba a las hermanas del Buen Pastor de discriminación en el trato con los presos reclusos en el panóptico de Bogotá, el periódico publicaba la carta con el fin de hacer una defensa de la gestión de las religiosas denunciadas.

Los redactores de la nota de prensa, afirmaban que después de averiguar en varias fuentes, confirmaron que las religiosas discriminaban a los presos y, a renglón seguido, justificaban dicho proceder diciendo que esa medida era una represalia necesaria porque estos sostenían relaciones sexuales con las internas, para que estas les hicieran los oficios domésticos a ellos, “resulta, pues, que el panóptico, establecimiento de corrección y de castigo para hombres y mujeres, no es más que un serrallo<sup>2</sup> oficial” (Agresión de *El Autonomista*, 1899, 8 de marzo, No 124, p. 3).

La nota de prensa, siguió relatando que las hermanas del Buen Pastor como “administradoras” de las cárceles de mujeres, le comunicaron la irregularidad al obispo de Bogotá y éste, a su vez, según los cronistas del periódico, habló con el Ministro de Gobierno que se comprometió a arreglar el asunto. El señor obispo, a pesar de su insistencia, no logró su cometido, por el contrario, lo que obtuvo fue que el propio Presidente de la República ordenara la rescisión del contrato con las hermanas del Buen Pastor. Ante la salida de las religiosas y la consiguiente pérdida del espacio de la cárcel para la Iglesia católica, el señor obispo respondió con la amenaza de retirar el capellán del panóptico de Bogotá, “ya que aquella no es escuela de moral sino capilla de placeres y libertinaje” (Agresión de *El Autonomista*, 1899, 8 de marzo, No 124, p. 3).

El artículo de prensa concluía que todo el episodio se presentó a fin de esconder la posible corrupción del médico de la cárcel que era yerno del Presidente de la República. En el número siguiente, el mismo periódico destacaba, sin comprometerse con la veracidad de la información, la posible corrupción del director del panóptico y sarcásticamente, afirmaba:

El destino mejor, después del de Presidente de la República, es la Dirección del panóptico de Cundinamarca, pues tiene cuatrocientos esclavos llamados presos, cuyo trabajo y manufacturas van a engrosar el arca del señor Director; saca presos á su casa á que le desempeñen los oficios de sirvientes de

---

2 Serrallo: “Parte de la casa de los musulmanes exclusivo de las mujeres” (Diccionario de la lengua española, 1947).

comedor y aseo de la casa; los patios del Panóptico han sido convertidos en pesebreras, los talleres sólo se ocupan en hacer escritorios” (Agresión de El Autonomista, 1899, 9 de marzo, No 125, p. 2).

La situación de las personas reclusas en los establecimientos carcelarios colombianos con el paso tiempo y de los diferentes gobiernos no mejoró, por el contrario, empeoró (si es que era susceptible de empeorar). Durante la guerra de los Mil Días, la situación de los procesados y condenados en los establecimientos de castigo se agudizó. Las arbitrariedades y vulneraciones de los derechos y las garantías de quienes eran objeto del sistema penal, incluyendo el sistema carcelario, fueron peor que nunca.

El hecho fue denunciado, en 1901, por un grupo de ciudadanos, entre ellos, José Santos Maldonado, Agustín Aldana, Adolfo León Gómez y Orestes Sindici, que se encontraban reclusos en el panóptico de Bogotá. En carta titulada *Matadero Oficial* (Biblioteca Luis Ángel Arango. Misceláneas. 1218) y enviada al General Marceliano Vélez, afirmaban que desde que se había posesionado como presidente José Manuel Marroquín Ricaute, “las prisiones se aumentaron en tan grande proporción y el tratamiento de los presos se ha hecho tan cruel, que el malestar social no es ya sino un prolongado grito de agonía” (Biblioteca Luis Ángel Arango. Misceláneas. 1218, p. 1).

Se quejaban, además, de que el poder Ejecutivo había expedido decretos y resoluciones administrativas que ordenaban el procedimiento de consejos verbales de guerra para acciones que no estaban consagradas en el Código Penal y ni siquiera podían considerarse delitos. A pesar de ello, se castigaban con penas “severísimas que tampoco consagra el Código” (Biblioteca Luis Ángel Arango. Misceláneas. 1218, p. 1), lo que significaba el aumento de los procesados y condenados haciendo mucho más difícil la convivencia en los centros de castigo por el hacinamiento y las pésimas condiciones sanitarias.

En la carta enviada al General Vélez, los firmantes de la misma le solicitaban al funcionario que intercediera por ellos, ante quien correspondiera, para ser juzgados aunque fuera con las arbitrarias leyes existentes, a fin de tener certidumbre de cuánto tiempo iban a pasar en esos lúgubres lugares o, en el mejor de los casos, salir de ellos. Muy conscientes de las posibles consecuencias afirmaban:

[...] Es por esto, señor, por lo que preferimos á nuestra situación actual la rigurosa aplicación de los Decretos Ejecutivos mencionados. Ellos serán tan injustos como se quiera, pero son al menos una regla que marca límites al funcionario, cosa que no tiene la caprichosa voluntad del Jefe Supremo de la Policía, ni aun la más caprichosa de sus agentes.

Nosotros no pedimos conmiseración ni perdón: pedimos justicia, aunque sea de fórmula; no solicitamos la libertad pedimos un juicio y una sentencia después de haber sido oídos y vencidos (Biblioteca Luis Ángel Arango. Misceláneas. 1218, p. 4).

En el gobierno de Reyes, la situación del sistema carcelario no solamente empeoró aún más, sino que se expandió con la creación de las colonias penales y militares. Fue así como en 1905, como ya se señaló, se creó una colonia militar en la Intendencia Nacional del Meta y se disponía que a ella fueran enviados los falsificadores de billetes, los ladrones de esmeraldas y los cómplices, auxiliares y encubridores de unos y otros.

Posteriormente, se ordenaba que debían ser enviados a dicha colonia, a más de los sentenciados por los delitos enumerados antes, los condenados por delitos comunes o por infracción de las leyes de policía en los Departamentos de Cundinamarca, Boyacá y Santander, siempre a juicio del gobierno sin intervención de la rama judicial. Igualmente, se estableció una nueva colonia en la región denominada de San Nicolás de Titumate, en el golfo del Darién, donde debían cumplir su condena las personas condenadas por delitos comunes, o por infracciones de las leyes fiscales o de policía en los Departamentos de Bolívar, Atlántico y Magdalena.

Es necesario recalcar que, a pesar de que las normas estipulaban que a las colonias penales y militares fueran enviadas solamente aquellas personas que cometieran delitos *comunes*, en la práctica no fue así. A dichos establecimientos de castigo, fueron enviados delincuentes comunes y presos políticos sin distinción alguna, a fin de infligirles, además de un castigo, un escarmiento y de paso, apartar, alejar, lo más lejos posible, al opositor político para que no fuera oída su voz de denuncia y protesta. En ese sentido, el Ministro de Gobierno, Euclides Angulo, expidió la resolución 145, en la que expresamente ordenaba la remisión a la colonia penal del Meta de “hasta ciento cincuenta de los presos del panóptico de esta ciudad”, no importando el delito que hayan cometido, pues “el poder Ejecutivo está legalmente facultado para disponer que los reos condenados a presidio y reclusión” (Diario Oficial, 1907, 30 de octubre, No 13.102, p. 1.069).

Por disposiciones como las anteriores, es posible afirmar que durante el régimen de Reyes, las colonias penales y militares fueron instrumentos fundamentales para sostener y consolidar la dictadura. Como corolario, es importante resaltar las afirmaciones de H. Llorente, Representante a la Cámara de Representantes, en el debate que se dio en esa corporación a la ley que buscaba la supresión de los centros de castigo a los que se ha venido haciendo referencia:

[...] Las colonias penales y militares fueron una novedad del régimen pasado, y sólo sirvieron en el país para tiranizarlo, pues a ellas se envió a muchos de los republicanos que se atrevieron a oponerse al querer del General Reyes.

Aquí, lo mismo que en el extranjero, las colonias penales han sido un verdadero fiasco, tanto desde el punto de vista penal como desde el colonizador; y a nosotros ese fiasco ha costado sumas ingentes, sin que se hayan hecho siquiera con ellas los edificios necesarios para las colonias: solo se han levantado unas barracas miserables, a donde se ha llevado presos a hombres dignos por supuestas conspiraciones. En suma, estos establecimientos solo sirvieron a la dictadura para imponer vejámenes y padecimientos a muchos hombres honrados, para derrochar los dineros públicos y ponerles buenos sueldos a los que los servían, haciendo más dura de lo ordinario la vida de los presos políticos (Relación de debates del día 26 de agosto de 1909. (*Anales de la Cámara de Representantes*. 59. 1909, 8 de octubre, Bogotá. p. 472).

En la misma dirección, a modo de síntesis sobre el sistema penitenciario colombiano en la época comprendida entre 1888-1910, es necesario referirse a la obra *Secretos del panóptico*, escrita por Adolfo León Gómez en la que el autor logra hacer una radiografía del sistema penitenciario colombiano, que no sólo es pertinente para la época en la que fue escrita, sino también para la actual.

Adolfo León Gómez (1905) narra pormenorizadamente las condiciones de higiene y salubridad del panóptico de Bogotá, además, detalla y denuncia los vejámenes, los castigos y las arbitrariedades cometidas contra los presos en dicho centro de reclusión. Allí, de manera vívida, señala que en aquel centro de castigo “casi no había noche en que unos gritos espantosos, mezclados con maldiciones y alaridos de dolor, no viniesen á aumentar el malestar general y a acabarnos de quitar el sueño, estos gemidos los daban los pobres presos á quienes, por insignificante falta suya ó por cualquier abuso de los capataces, ponían en el cepo” (p. 76).

Después de explicar detenidamente en qué consistían los diferentes castigos como el cepo, la picota, los solitarios (al que calificaba como un tormento terrible) y el castigo de los azotes,<sup>3</sup> el autor afirma que el objetivo perseguido con dichos castigos no era sólo “vigilar y asegurarse contra individuos peligrosos, o calificados de tales, sino mortificar, humillar y desesperar” (p. 83).

Adolfo León Gómez termina su desgarrador escrito, refiriéndose a unos castigos que no sólo se aplicaron en aquella época en Colombia, sino que aún siguen aplicándose; se trataba de las denominadas penas incorporales, es decir, “la contada, la requisita, el espionaje, la delación y la mutua desconfianza” (p. 94). León Gómez de una forma pormenorizada se refiere a cada uno de estos castigos y, específicamente, al espionaje del cual afirmaba que “estaba erigido en sistema, porque á veces metían al panóptico, en calidad de presos políticos, á algunos bandidos, antiguos

---

3 Sobre este castigo, el autor afirma que éste se aplicaba “aunque parezca cosa imposible en los albores del siglo XX y en un país que se cuenta entre los civilizados” (p. 83).

habitadores del edificio, reos rematados de delitos comunes, con el exclusivo objeto de fiscalizar, vigilar, espiar y delatar” (p. 94).

A modo de conclusión sobre el tema del sistema penitenciario colombiano, es pertinente transcribir la siguiente nota periodística publicada en el periódico *El Zancudo*, más allá de ella, sobran las palabras:

Por mal de mis pecados estuve no ha muchos días en el panóptico de esta ciudad, á visitar á un recluso; y aun cuando no pude recorrer todo el edificio salí completamente trastornado, entontecido por la impresión que me causó tan lúgubre morada. Aquella confusión de edades y condiciones, de estados y razas, nivelando todo por el infortunio y torturado por el rigor de la ley; el sonido de grillos y cadenas, confundido con el de los cerrojos y el sonido pavoroso de puertas que se cierran; el confuso rumor de los presos, como el de un torrente que se oye á distancia en una noche de tempestad; esos rostros desfigurados por el insomnio, la humillación y el desconsuelo; la severidad de los guardianes, que se pasean por una y otra armados de látigos amenazadores, y el aspecto sombrío de todo el conjunto, me afectaron tan profundamente, que me creí transportado á otro mundo y á otra vida. ¿Con que este es el lugar de la expiación social, de la corrección del que atropella el derecho ajeno? [...] Esto me parece más bien un lugar de venganza y de tortura; un antro de anonadamiento y de martirio, contrario á todas las nociones de filosofía, de moral y de caridad cristiana (*El Zancudo*, No. XVIII, Bogotá, abril 5 de 1791 (1891), p. 2.).

## FUENTES DOCUMENTALES Y BIBLIOGRAFÍA

### 1. FUENTES DOCUMENTALES

#### 1.1. Archivo General de la Nación

Sección Republica, Fondo Gobernaciones, 1889.

Fondo Gobernaciones, MI, t. 81, f. 485.

#### 1.2. Publicaciones seriadas

*Diario Oficial*, Bogotá, 1872.

*Diario Oficial*, Bogotá, 1890.

*Diario Oficial*, Bogotá, 1905.

*Diario Oficial*, Bogotá, 1906.

- Diario Oficial*, Bogotá, 1907.
- Anales de la Cámara de Representantes*, Bogotá, 1909.
- Agresión de El Autonomista: el diario difamador*; 1899.
- El Zancudo*, 1791 (1891).

## 2. BIBLIOGRAFÍA

- Actos legislativos expedidos por el congreso de los Estados Unidos de Colombia en sus sesiones de 1871*. (1871). Bogotá: Imprenta Medardo Rivas.
- Biblioteca Luis Ángel Arango, Misceláneas, 1218.
- CAMPUZANO CUARTAS, R. (2000). El sistema carcelario en Antioquia durante el siglo XIX. *Revista Historia y Sociedad*, 7, 18-30.
- Código Penal. (1837). *Código Penal de la República de Colombia*, 1837.
- CONSTAIN, A. (1919). *Colonias Penales*. Bogotá: Minerva.
- DE POMBO, L. (1845). *Recopilación de leyes de la Nueva Granada*. Bogotá: Imprenta de Zoilo Salazar.
- LEÓN GÓMEZ, A. (1905). *Secretos del panóptico*. Bogotá: Medardo Rivas.
- MARTÍNEZ, M. (1985). *La criminalidad en Antioquia*. Tesis de grado no publicada, Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia.
- Memoria del Ministro de Gobierno al Congreso en sus sesiones ordinarias de 1916*, Bogotá, Imprenta Nacional, 1916, p. 4.
- POSADA SEGURA, J.D. (2009). *El sistema penitenciario. Estudio sobre normas y derechos relacionados con la privación de la libertad*. Medellín: Comlibros.
- Real Academia Española de la Lengua. (1947). *Diccionario de la lengua española*. Madrid: Real Academia Española de la Lengua.





Autor: Jenaro Mejía Kintana  
Título: Aves y humanos  
Técnica: Acrílico sobre lienzo  
Dimensión: 50 x 44 cm  
Año: 2002

## ***WALTER BENJAMIN: UNA CRÍTICA A LA VIOLENCIA DEL DERECHO***

Fecha de Recepción: 19 de febrero de 2012  
Fecha de publicación: 15 de junio de 2012

## WALTER BENJAMIN: UNA CRÍTICA A LA VIOLENCIA DEL DERECHO

*Adriana María Ruiz Gutiérrez\**

### RESUMEN

Este artículo pretende exponer la relación de la violencia con el derecho desde los aportes de Walter Benjamin en su ensayo titulado *Para una crítica de la violencia (Zur Kritik der Gewalt, 1921)*. Benjamin no sólo juzga los criterios de aplicación de la violencia jurídica, sino que avanza a la crítica del derecho positivo mismo, dada su íntima y compleja relación con la violencia. Por supuesto, el autor no encuentra este fundamento crítico en la concepción iusnaturalista, ni en la iuspositivista, sino en la histórico-filosófica del derecho, en la cual localiza definitivamente su crítica. Este ensayo nos permite analizar el fundamento de poder, fuerza y autoridad que, de un lado, funda y conserva la ficción jurídica, y de otro lado, le permite al derecho disponer legítimamente de la vida, al punto de suprimirla. Entre los resultados que arroja la investigación benjaminiana, se encuentra la admisión de otras formas de organización inaccesibles a la violencia del derecho o del Estado, esto es, aquéllas basadas en la “*cultura del corazón*”.

**Palabras Clave:** violencia, derecho, fundamento del poder, autoridad, cultura del corazón

## WALTER BENJAMIN: A CRITIC ABOUT THE VIOLENCE IN THE LAW.

### ABSTRACT.

This article aims to clarify the relationship of violence to the right from the contributions of Walter Benjamin in his essay entitled *for a critique of violence (Gewalt der Zur Kritik, 1921)*. Benjamin not only judges the criteria for application of legal violence, but advances to the critique of positive law itself, given its intimate and complex relationship with violence. Of course, the author not found this critical foundation in the conception of natural law, or the positivist law, but in the historical and philosophical of law, which definitely locates his critique. This test allows us to analyze the foundation of power, strength and authority which, on the one hand; he founded and maintains the legal fiction, and on the other hand, lets you legitimately have the right of life, to the point of abolishing it. Among the results that research Benjamin, is the admission of other forms of organization inaccessible to violence or State law, namely those based on the “*culture of heart*.”

**Key Word:** violence, right, foundation of power, authority, culture of heart.

---

\* Abogada y candidata a Magister en Filosofía de la Universidad de Antioquia (Medellín-Colombia). Docente de la Facultad de Derecho en la Universidad Santo Tomás, Sede Medellín. Investigadora adscrita al Grupo Interdisciplinario e Interinstitucional sobre Conflictos y Violencias (U de A-INER) y al Grupo Derecho, desarrollo y sociedad (USTA-Med.). Este artículo hace parte de mi tesis de maestría titulada *Violencia jurídica y Nueva vida*, dirigida por el profesor Carlos Enrique Restrepo Bermúdez del Instituto de Filosofía de la Universidad de Antioquia.

## WALTER BENJAMIN: UNA CRÍTICA A LA VIOLENCIA DEL DERECHO

El filósofo italiano Roberto Esposito sostiene que fue Walter Benjamin “*quien pensó más que ningún otro el derecho como forma de control violento de la vida*” (2005: 46). Para Benjamin, en efecto, toda violencia es, como medio, poder que establece y mantiene el derecho. A diferencia de la tradición realista —de Píndaro a Nietzsche pasando por Tucídides, Maquiavelo, Pascal, Hobbes y Spinoza— que destaca el apoyo que la fuerza presta al derecho y, que el derecho presta a la legitimidad de la fuerza, la originalidad de Benjamin reside, según Esposito, justamente en reconocer la violencia y el derecho como modalidades de una misma sustancia: “no hay dos historias —la del derecho y la violencia—, sino una sola: la del derecho violento y de la violencia jurídica” (2005: 48). Para Benjamin, según la afirmación de Esposito: “La violencia no se limita a preceder al derecho ni a seguirlo, sino que lo acompaña —o mejor dicho, lo constituye— a lo largo de toda su trayectoria con un movimiento pendular que va de la fuerza al poder y del poder vuelve a la fuerza” (2005: 46).

De la misma manera, Derrida propone en Benjamin una interpretación activa del momento originario, instituyente y fundador del derecho, el cual implica siempre y necesariamente una fuerza efectiva, y por tanto, interpretativa. Esta vez no en el sentido de que el derecho estaría al servicio de la fuerza, como un instrumento dócil, servil, y por tanto, externo al poder dominante, sino en el sentido de que el derecho tendría una relación más interna y compleja con lo que se llama fuerza, poder o violencia (2002, p: 25). No hay derecho sin fuerza. La fuerza se encuentra esencialmente coimplicada en el concepto mismo de la justicia como derecho. De esta manera, la aplicación del derecho mediante la fuerza reviste una condición esencial de su definición, en ningún caso exterior o accidental.

### 1. Presupuestos de la crítica a la violencia del derecho

En el ensayo de Walter Benjamin titulado *Para una crítica de la violencia (Zur Kritik der Gewalt, 1921)*, el término “crítica” no significa juicio negativo, reproche o condena de la violencia, sino juicio, examen, evaluación de los medios para juzgar la violencia. En sentido exacto, la palabra alemana *Gewalt* se traduce como violencia, pero también denota para los alemanes *poder* legítimo, *autoridad* justi-

ficada, *fuerza pública* (así *Gesetzgebende Gewalt* es el poder legislativo, *Geistliche Gewalt* el poder espiritual de la Iglesia, y *Staatsgewalt* la autoridad o el poder del Estado). Luego, la llamada violencia natural o física —como causa de un fenómeno de la naturaleza o de un dolor corporal, entre otros— no permite una crítica del concepto de violencia, puesto que no se trata de una *Gewalt* que dé lugar a un juicio. La violencia pertenece, por tanto, y a su vez, a la esfera simbólica de lo jurídico, lo político y lo moral, a todas las formas de *autoridad* o de *autorización*, o al menos de *voluntad a la autoridad* (Derrida, 2002:18, 83). Únicamente en la esfera de estas relaciones se comprende la crítica al concepto de violencia. Al respecto explica Benjamin: “La tarea de una crítica de la violencia puede definirse como la exposición de su relación con el *derecho* y la *justicia*, sobre todo en lo que respecta al primero de estos dos conceptos” (2001:109).

Según Benjamin, la crítica tiene una conexión con el *derecho* principalmente, porque los criterios para la evaluación de la violencia pueden encontrarse en el reino de los fines y de los medios, y ésta es, justamente, la relación fundamental y más elemental de todo orden jurídico: tanto del *derecho natural* como del *derecho positivo* (1991:23; 2001:109). El derecho natural encuentra en el reino de los fines el criterio para evaluar la violencia; en este caso, basta considerar si la violencia, en casos específicos, sirve como medio a fines justos o injustos. Pero no es así. Benjamin acusa estos fundamentos de servir tan sólo como criterios de definición en los casos de aplicación de la violencia en un sistema de fines justos que, además de llevar el problema de la violencia a un casuismo sin fin, no conduciría a la crítica de la violencia *en sí misma*, como medio justo o injusto, moral o inmoral (Benjamin, 1991:24-25; 2001: 110; Cfr. Derrida, 2002:18, 83). Por tanto, la cuestión de si la violencia es en general moral, aun cuando sea un medio para fines justos, permanecería, entonces, sin respuesta (Benjamin, 1991: 23; 2001:109). Benjamin, en consecuencia, propone otro criterio para la evaluación de la violencia misma como principio: una distinción en la esfera de los medios, independientemente de los fines a los que sirven: “La violencia, para comenzar, sólo puede ser buscada en el reino de los *medios* y no de los *fines*” (2001:109).

Y dado que *la justicia es el criterio de los fines*, y *la legalidad es el criterio de los medios*, en Benjamin la tesis del derecho natural de la violencia como simple dato natural es diametralmente opuesta a la posición del derecho positivo que considera a la violencia en su devenir histórico. De ahí que el derecho natural pueda considerar juicios críticos de la violencia sobre todo derecho existente, sólo en vista de sus fines, y que el derecho positivo pueda obtener juicios de la violencia sobre todo derecho en vías de su transformación, únicamente a partir de la crítica de sus medios (1991:24; 2001:110). Así como el derecho natural está ciego respecto al condicionamiento de los medios, el derecho positivo lo está en materia de la

incondicionalidad de los fines (1991:25; 2001:110). No obstante, y sin obviar las oposiciones, ambas teorías comparten un dogma fundamental: que los fines justos pueden ser alcanzados por medios legítimos y, a la par, los medios legítimos pueden ser utilizados al servicio de fines justos. Por consiguiente, el derecho natural aspira a “justificar” los *medios* por la *justicia de sus fines*; y el derecho positivo, en cambio, intenta “garantizar” la *justicia de los fines* por la *legitimación de los medios* (1991:24; 2001:110).

Esta antinomia, no obstante resulta insoluble cuando medios legítimos y fines justos se encuentran mutuamente en irreconciliable contradicción, y es por lo mismo justamente que la verdad del dogma común entre el derecho positivo y el derecho natural podría ser falseada. Pero dice Benjamin: “nunca se logrará llegar a esta comprensión mientras no se abandone el círculo y no se establezcan criterios independientes para fines justos y para medios legítimos” (2001:110. Cfr. 1991:24, 39; 2001:123). Benjamin, por tanto, descarta de su crítica el *reino de los fines*, y con ello, también la cuestión de un *criterio de la justicia*, y por el contrario, ubica hipotéticamente en el centro de su investigación el problema de la *legitimidad de ciertos medios* que constituyen la violencia (Cfr. 1991, pp. 24, 25; 2001:110). En efecto, la tradición positiva del derecho se constituye en el punto de partida de su investigación crítica porque, además de conservar el sentido de la historicidad del derecho, promueve una distinción básica entre las distintas formas de violencia reconocida —independientemente de los casos de su aplicación—. A saber: *la violencia legítima*, sancionada como poder y *la violencia ilegítima*, no sancionada (1991:25; 2001, pp. 110-111).

Benjamin indica, sin embargo, que el sentido de esta distinción entre violencia legítima e ilegítima no se deja aprehender inmediatamente. Para ello, además de rechazar el malentendido causado por el derecho natural, para el cual dicho sentido se reduciría a la diferencia entre fines justos e injustos, es fundamental considerar que la tradición positiva del derecho exige a todo poder documentar históricamente el nacimiento de cada forma de violencia que justifique, bajo condiciones determinadas, su *legitimación*, su *sanción* o *reconocimiento* (1991:26; 2001:111). Según Benjamin, esto no significa, sin embargo, que la violencia sea ordenada y apreciada según haya sido o no sancionada, puesto que en la crítica a la violencia no se trata meramente de juzgar la aplicación del criterio de la tradición positiva del derecho, sino de criticar al mismo tiempo el sentido mismo del derecho positivo a partir de las consecuencias de la posible existencia de tal criterio o diferencia respecto a la violencia. Por tanto, Benjamin sugiere que la distinción establecida por el derecho positivo como legitimación de la violencia sólo puede ser analizada a partir de su sentido, así como la esfera de su aplicación debe ser juzgada a partir de su valor (1991:25; 2001:111).

Este criterio, sin embargo, no se encuentra ni en la tradición positiva del derecho, ni en la tradición del derecho natural y, por tanto, Benjamin pretende exceder ambas tradiciones al localizar su investigación crítica en una consideración *histórico-filosófica del derecho*, a fin de no depender ni del orden jurídico, ni de la interpretación interna de la institución jurídica (Cfr. 1991:25; 2001:111; Cfr. Derrida, 2002:85). Y dado que la máxima evidencia de reconocimiento de la violencia legal se representa en la forma más concreta mediante la obediencia pasiva, sin ningún impedimento a los fines jurídicos, la presencia o ausencia de reconocimiento histórico general a los fines del derecho sirve como fundamento hipotético de la subdivisión de los diversos tipos de violencia. Los fines que carecen de este reconocimiento histórico se denominan *finés naturales*, y los otros *finés de derecho* (1991:26; 2001:111).

Para Benjamin, la función diferenciada de la violencia —según sirva a fines naturales o a fines de derecho—, se aprecia con mayor nitidez sobre las condiciones de cualquier sistema de relaciones jurídicas determinadas (1991:26; 2001:111). Por esta razón, Benjamin se propone juzgar las condiciones legales posteriores a la Gran guerra y a la preguerra en Europa<sup>1</sup>, especialmente en Alemania, cuyo principio general puede formularse así: “todo fin natural de las personas individuales colisionará necesariamente con fines de derecho, si su satisfacción requiere la utilización, en mayor o menor medida, de la violencia” (1991:26; Cfr. 2001:112). Bajo dichas condiciones y en lo que respecta a las personas individuales —como sujetos de derecho— Benjamin indica que la tendencia europea se opondría a los fines naturales de las personas en todos los casos en que para satisfacerlos pudieran hacer uso de la violencia. Esto significa que en todos los ámbitos en los que fines personales podrían satisfacerse mediante la violencia, el orden legal tendería a oponerse estableciendo fines de derecho que únicamente lograrían ser ejecutados por el poder jurídico utilizando la violencia legal (1991:26; 2001:112). Según Benjamin, este orden legal limita también aquellos ámbitos en que los fines naturales gozan de gran libertad, como ocurre en la educación, al establecer fines de derecho con

---

1 Al respecto, Derrida explica cómo el análisis benjaminiano de la violencia refleja la crisis del modelo europeo de la democracia burguesa, liberal y parlamentaria, y en consecuencia, del concepto de derecho que es inseparable de aquella: “La Alemania derrotada es un espacio de concentración extrema para esa crisis, cuya especificidad depende también de ciertos rasgos modernos como el derecho de huelga, el concepto de huelga general. Es también el momento inmediatamente posterior de una guerra y de una preguerra que ha visto desarrollarse pero fracasar en Europa el discurso pacifista, el antimilitarismo, la crítica de la violencia, incluida la de la violencia jurídico-policia, cosa que no tardará en repetirse en los años siguientes. Es también el momento en que las cuestiones de la pena de muerte y del derecho de castigar en general conocen una dolorosa actualidad. La mutación de las estructuras de la opinión pública por la aparición de nuevas potencias mediáticas, como la radio, empieza a poner en cuestión ese modelo liberal de la discusión o de la deliberación parlamentaria en la producción de las leyes, etc.” (1997, pp. 78, 79).

un exceso de violencia, por ejemplo en las leyes que delimitan las competencias de castigo y penalización educativa (1991:26; Cfr. 2001:112).

En suma: “el derecho considera la violencia en manos de la persona aislada como un peligro o una amenaza de perturbación para el ordenamiento jurídico” (2001:112; Cfr. 1991:26). Pero, *¿este riesgo tan sólo se reduce a que fines naturales puedan frustrar los fines y las ejecuciones de derecho?* De ninguna manera. Porque de ser así no se condenaría la violencia en general, en sí misma, sino sólo aquella que se opone a los fines de derecho (Cfr. 1991:26; 2001:112). En cualquier caso, un sistema de fines jurídicos solamente logrará conservarse allí donde fines naturales puedan ser perseguidos de forma violenta. Pero eso, planteado así, no es para Benjamin más que un mero dogma: “será necesario considerar la sorprendente posibilidad de que el interés del derecho por monopolizar la violencia en manos de la persona particular no exprese únicamente su intención de defender sus propios fines de derecho, sino mucho más: *salvaguardar al derecho mismo*” (Cfr. 1991, pp. 26-27; 2001:112). Porque si la violencia no es detentada y ejecutada por las correspondientes instancias de derecho, lo amenaza, no tanto por los fines que procura alcanzar, sino por su simple existencia fuera del derecho (Cfr. 1991, pp. 26-27; 2001:112).

Según Esposito, justamente “lo que amenaza al derecho no es la violencia, sino su *afuera*: el hecho de que exista un fuera-del-derecho” (2005:47). Así que, en la ubicación, más que en el contenido, reside la ilegitimidad jurídica de la llamada *violencia fuera de la ley*. La violencia se opone al orden del derecho sólo mientras esté en su exterior, de modo que: “basta desplazarla del afuera al adentro para que no sólo cese su enfrentamiento con la ley sino inclusive termine coincidiendo con ella” (Esposito, 2005:47). En este sentido, el derecho se define mediante el procedimiento de introspección de aquello que permanece exterior a él: su interiorización. La violencia del afuera es atraída al adentro del derecho sin dejar por tal razón de ser exterior: es interiorizada en una forma que a la vez suprime y mantiene la exterioridad de la violencia en el interior del orden jurídico (Cfr. Esposito, 2005:47). Entiéndase que el ejercicio del poder legal de la coacción, del poder soberano de la espada coexiste con el afuera, con la exterioridad originaria de la violencia, el carácter extrínseco a la ley. De forma tal que la legalidad coactiva y la extralegalidad de la violencia, el orden del derecho y el afuera de la ley convergen hasta coincidir en un término idéntico: *derecho violento, violencia jurídica*.

Benjamin destaca dos funciones de la violencia como medio para fines de derecho: la primera función de la violencia es *creadora* de derecho, pues una vez fundado, el derecho tiende a monopolizar toda otra violencia que le sea exterior. La segunda función de la violencia es *conservadora* de derecho, pero dicha conservación no puede ser realizada más que a través de una violencia legal a la violencia natural

por el control de la violencia general (Cfr. 1991:30; 2001:115). En este sentido, dice Benjamin: “la violencia como medio es siempre, o bien fundadora de derecho o conservadora de derecho. En caso de no reivindicar alguno de estos dos predicados, renuncia a toda validez” (1991:30; Cfr. 2001:115). De aquí, justamente, se desprende que toda violencia empleada como medio, incluso en el caso más favorable, participa de la problematicidad del derecho en general (Cfr. 1991:30; 2001:115). Porque, según Benjamin, el derecho aparece con una luz moral tan ambigua que surge, por sí misma, la pregunta de si no existirían otros medios no violentos para regular intereses humanos en conflicto. Esta cuestión conduce en principio a comprobar que de un contrato de derecho no se deduce nunca una resolución de conflictos sin recurso alguno a la violencia (Cfr. 1991:32; 2001:118).

## 2. La violencia creadora del derecho

El derecho positivo prohíbe y condena la ejecución de la violencia por fuera de su propio dominio, porque dicha exterioridad representa una amenaza, un peligro para su constitución. En este sentido, pregunta Benjamin: “¿Cuál es la función que hace de la violencia algo tan amenazadora para el derecho, algo tan digna de temor?” (1991:27). Benjamin remite este cuestionamiento a la figura del gran criminal quien, más allá de sus fines y de la tipología de sus crímenes, suscita la fascinación y la admiración del pueblo en contra del derecho, haciendo posible su emulación. El gran criminal representa una eventualidad estremecedora para el pueblo, y especialmente, para el orden del derecho, pues además de desafiar su ley y desnudar su violencia, amenaza con fundar un nuevo derecho. Así como Michael Kohlhaas, el héroe y protagonista del gran escritor del romanticismo alemán Henrich Von Kleist, quien se rebela contra la imagen del orden imperial de las alianzas y los ejércitos, y se levanta definitivamente contra la concepción romana del Estado. El héroe de Kleist combate la Ley del Estado en nombre de la justicia y la libertad, rehúsa la disciplina dócil y servil arriesgándose como un hombre suicida ante la violencia del poder, no sin antes desafiar el Imperio del príncipe de Hamburgo. Ciertamente, Goethe y Hegel, pensadores románticos del Estado, ven en Kleist un monstruo, y Kleist ha perdido de antemano (Deleuze & Guattari, 2002:271). Sin embargo, la modernidad literaria está de su lado. ¡Oh Kleist! diría Nietzsche: “El hombre libre es *guerrero*” (2001:121).

Pero la función de la violencia aparece igualmente temida y peligrosa para el derecho positivo justamente allí donde todavía le es permitido manifestarse lícitamente en virtud del ordenamiento legal. Benjamin subraya cuatro realidades de esta cuestión: *el derecho a la huelga, el derecho a la guerra, el servicio militar obligatorio, la pena*

*de muerte*. El Estado teme a las clases sociales cuando lo fuerzan a concederles el derecho a la huelga, o cuando potencias exteriores lo obligan a otorgarles el derecho de hacer la guerra, por ser violencias fundadoras de derecho, y por tener que reconocerlas como tal. Pero, más allá del carácter fundador de derecho propio de la violencia, es preciso avanzar a otra tarea suya más demoledora: la conservación del derecho y del Estado. Esta doble función de la violencia es característica del militarismo. Pero la policía revela de forma todavía más aterradora la coimplicación de la fundación y la conservación del orden. En los regímenes democráticos es ilegítima la presencia violenta de la policía, en tanto aplica y crea el derecho.

Benjamin distingue entre dos tipos de huelga general, definidos en principio por Georges Sorel. Sorel contrasta la *huelga general política*, destinada a reemplazar el poder de un Estado por otro poder, y la *huelga general proletaria*, orientada a suprimir la violencia del Estado<sup>2</sup>. Según Benjamin, ambas son totalmente antitéticas, incluso en relación con la violencia. Mientras que la huelga general política expresa violencia por cuanto condiciona la reanudación del trabajo suspendido a las concesiones exteriores y a la modificación de condiciones laborales convenidas, la huelga general proletaria, en cambio, no puede considerarse violenta, sino productiva y creadora, ya que expresa la decisión de recomponer por completo la concepción del trabajo ahora liberado de las disposiciones normativas del Estado. La primera concepción de la huelga es fundadora de derecho, la segunda es anárquica (Cfr. 1991:37; 2001:122). Según Benjamin, la concepción soreliana de la huelga general proletaria es profundamente ética y claramente revolucionaria, sin que se la pueda censurar como violenta, so pretexto de sus posibles consecuencias. Pues, “no debe juzgarse la violencia de una acción según sus fines o consecuencias, sino sólo según la ley de sus medios” (1991:38; 2001:122). Con todo, dice Benjamin, resulta obvio que la violencia del Estado se oponga a este tipo de huelga atribu-

---

2 Benjamin se apoya en la diferencia entre huelga general política y huelga general proletaria introducida por Sorel. Sobre los partidarios de la primera puede decirse: “La base de sus concepciones es el fortalecimiento de la violencia del Estado; en sus organizaciones actuales los políticos (los moderadamente socialistas) preparan ya la instauración de una potente violencia centralizada y disciplinada que no dará su brazo a torcer ante la crítica de la oposición, sabrá imponer el silencio y dictar sus decretos falaces [...]”. “La huelga general política [...] demuestra que el Estado no pierde nada de su fuerza al transferir el poder de privilegiados a privilegiados, cuando la masa productora trueca amos”. Ante esta huelga general política (que parece haber sido la fórmula de la fallida revolución alemana), la huelga proletaria se plantea como único objetivo la liquidación de la violencia estatal. “Descarta toda consecuencia ideológica de toda posible política social; incluso las reformas más populares son consideradas burguesas por sus partidarios”. “Semejante huelga general expresa claramente su indiferencia por los beneficios materiales conquistados, al declarar su voluntad de eliminar al Estado; un Estado que ciertamente fue [...] la razón de existencia de los grupos dominantes que se beneficiaron de todas las empresas que corrieron a cuenta del público en general [...]” (Sorel, 2005, 208-238).

yéndole un carácter violento, y que admita en cambio las huelgas parciales aún con su expresión manifiesta de un comportamiento extorsivo (1991:38; 2001:122).

El proletariado, organizado bajo la forma del derecho a la huelga, y también el Estado, son los únicos sujetos jurídicos que tienen derecho a la violencia para imponer ciertos fines. Uno y otro comparten, por lo tanto, el monopolio de la violencia (Cfr. 1991:28; 2001:113). En principio, según Benjamin, el poder jurídico-estatal concede a las asociaciones de trabajadores el derecho a la huelga bajo el modelo de la no-violencia, entendido éste como violencia pasiva, como *sustracción, distanciamiento o aversión* respecto a la violencia patronal. Desde el punto de vista del derecho o del Estado, la abstención de actuar, de no hacer determinada labor constitutiva de la relación laboral no significa, sin embargo, hacer un uso activo de la violencia. En abierta oposición, Benjamin advierte que la violencia pasiva del derecho a la huelga, por ser pasiva, no deja de ser violencia, lo que se confirma en el momento de la extorsión, esto es, cuando los huelguistas exigen condiciones significativas para reanudar la labor interrumpida con respecto al patrón y sus máquinas. En este sentido, dice Benjamin, el derecho a la huelga representa una violencia-contra-violencia: la violencia de los trabajadores contra la violencia del Estado o sus patrones, a fin de conquistar determinados propósitos (Cfr. 1991:28; 2001:113).

La tensión que suscita la contradicción de objetivos entre el Estado y los trabajadores abre paso a la *huelga general revolucionaria*. Ésta se produce cuando el Estado acusa a los huelguistas de abusar y malinterpretar su derecho y, por consiguiente, declara la ilegalidad de la huelga, la cual por su parte, a medida que persiste, se convierte en una lucha revolucionaria que los trabajadores amparan en su propio derecho a la acción violenta, reconocida ya en el derecho a la huelga, y por tanto, autorizada en la ley. Esta confrontación, según Benjamin, ilustra la contradicción práctica del Estado de Derecho que reconoce en principio una violencia cuyos fines naturales le son indiferentes, pero ante la cual, en los casos graves de la huelga general revolucionaria, desata su manifiesta hostilidad (Cfr. 1991:28; 2001:113). Según Benjamin, esta situación permite afirmar, aunque paradójicamente, que “*un comportamiento es violento aun cuando resulte del ejercicio de un derecho*” (2001:113). En este punto, Derrida advierte la identidad entre el derecho y la violencia que expresa “la violencia como el ejercicio del derecho y el derecho como ejercicio de la violencia” (2002:89). Aquí, *la violencia es activa* en tanto se ejercita un derecho para *derribar* el orden jurídico del cual deriva su fuerza (2001:113).

La violencia activa del derecho a la huelga, cuyo fundamento se deriva del reconocimiento jurídico, puede, no obstante, destruir el orden del derecho. En este caso, conviene preguntar con Derrida: “**¿Cómo interpretar esta contradicción? ¿Es sólo de facto y exterior al derecho, o bien inmanente al derecho del Derecho?**”

(Derrida, 2002:89). Porque si la violencia no fuera más que un medio para satisfacer un fin determinado, sería incapaz de amenazar el ordenamiento jurídico. Pero no es así. La violencia del derecho a la huelga es, en efecto, capaz de destruir el orden jurídico-estatal mediante la creación o modificación de relaciones de derecho respecto a otras relativamente consistentes en el tiempo. Así que la violencia que hace peligrar el orden del derecho le pertenece ya al derecho como fuerza que se aloja en su interior, y que en ningún caso le sobreviene de forma extraña o exterior. Pero la contradicción jurídica se agudiza en términos prácticos mediante la oposición violenta del derecho del Estado a la violencia de los huelguistas. Por tal razón, dice Benjamin, el Estado teme más que a ninguna otra cosa a la violencia de la huelga, ya sea activa, ya sea pasiva, en tanto *violencia fundadora* capaz de crear, justificar, transformar o legitimar nuevas relaciones de derecho distintas a las establecidas (1991:28; 2001:113).

El derecho a la guerra refleja la misma contradicción práctica del derecho a la huelga. En este caso, unos sujetos de derecho declaran lícitamente la guerra con vistas a la satisfacción de los fines naturales, de modo que “*el otro quiere apoderarse de un territorio, de bienes, de mujeres; quiere mi muerte, y yo lo mato*” (Derrida, 2002:100). Esta violencia guerrera, que se presenta de forma similar a la violencia pirata o de robo, se encuentra fuera de la ley. Como ejemplos claros de esta situación, Benjamin describe las sociedades primitivas privadas de cualquier noción del Estado de derecho, donde el guerrero vencedor asume una posición que resulta ya inamovible respecto a los vencidos, y que concluye finalmente en la ceremonia simbólica de la paz. En ésta la paz denota la instauración de un nuevo “derecho” reconocido al ganador con independencia de todos los demás guerreros. Aquí es preciso recordar a Hobbes y Spinoza, exponentes del derecho natural a la guerra como violencia originaria y arquetípica (*ursprüngliche und urbildliche*), que de *facto* es siempre fundadora de derecho (*rechtsetzende*) (Cfr. Benjamin, 1991:29; 2001:114; Derrida, 2002:100). Por tal razón, el moderno derecho del Estado teme y prohíbe al sujeto individual todo derecho activo a la violencia, por ser fuente creadora de derecho, y por reconocerla como tal.

### 3. La violencia conservadora del derecho

Pero, más allá del carácter fundador de derecho de la violencia, Benjamin avanza en su crítica a otra tarea suya más demoledora: la *conservación* del derecho. Esta doble función de la violencia es, según Benjamin, característica del militarismo, que sólo pudo constituirse como tal con el establecimiento del *servicio militar obligatorio* (Cfr. Benjamin, 1991:29; 2001:114). Durante la primera guerra mundial,

la crítica de la violencia militar significó el comienzo de una evaluación incluso tanto o más apasionada que la utilización de la violencia en general. Por lo menos algo quedó claro, dice Benjamin: “*la violencia no se practica ni tolera ingenuamente*” (Benjamin, 1991:30). El militarismo es un concepto moderno que supone una explotación del servicio militar obligatorio, mediante el empleo forzado de la fuerza, la coacción o la violencia como medio al servicio del Estado y de sus fines legales —completamente distintos a los fines naturales—, ya que la sumisión de los ciudadanos a las leyes, en este caso, la ley de servicio militar obligatorio, es un fin propiamente jurídico-estatal. La evaluación eficaz a la violencia militar coincide con la crítica a la violencia del derecho en general, es decir, con la violencia legal o ejecutiva. No obstante, el desconocimiento teórico y filosófico de la compleja coimplicación de la violencia y el derecho hace que las críticas habituales al militarismo sigan siendo ingenuas y superficiales respecto a la esencia jurídica de la violencia, al “orden del derecho”.

En efecto, dice Benjamin, el servicio militar obligatorio es más complejo de aquello que conciben los activistas, pacifistas y antimilitaristas al desconocer el carácter legal e inatacable de esa violencia conservadora del derecho (Cfr. Benjamin, 1991:31; 2001:114; Derrida, 2002:102). Benjamin acusa de “anarquismo infantil” aquellas declaraciones que pretenden rechazar toda compromiso coactivo del individuo bajo la consigna: “*lo que apetece es lo permitido*” (Benjamin, 1991:30). Todavía más insuficiente a la crítica resulta la remisión del derecho positivo al imperativo categórico kantiano —“actúa de tal manera que trates, tanto a tu persona como en las de las otras, a la humanidad también como fin y nunca sólo como simple medio”—, ya que moralmente resulta tan injustificado como impotente al juicio. Pues el derecho positivo pretende reconocer y defender sin más dicha humanidad como fin en cada individuo particular, mediante el establecimiento de un ordenamiento jurídico coactivo fatalmente necesario. El carácter violento del derecho se reduce aquí, de modo impotente, a una simple referencia informal a la “libertad”, es decir, a una libertad puramente formal, como forma vacía (Cfr. Benjamin, 1991:30; 2001:115).

Pero la impotencia de la crítica es completa cuando se elude la discusión sobre la validez del orden de derecho en su totalidad, para centrarse en aplicaciones o en leyes aisladas, como si éstas fueran las garantes de la fuerza del derecho. Según Benjamin, una crítica eficaz a la violencia alcanza totalmente el cuerpo del derecho, con su cabeza y sus miembros, con las leyes y los hábitos particulares, que luego el derecho toma bajo la custodia de su poder —*Match*— (Cfr. Benjamin, 1991:30; 2001:115; 2002:103). El orden del derecho consiste en que hay un solo destino, y que justamente lo que existe pertenece irrevocablemente a su poder. El poder que conserva no tiene el sentido de intimidación ni el de la disuasión: es una amenaza del derecho sobre la vida.

El significado más profundo de la indeterminación de la amenaza jurídica se encuentra en el campo de las penas, especialmente, *la pena de muerte*. Benjamin indica que los críticos de ésta sintieron, sin lograr fundamentarlo, que sus impugnaciones no se dirigían a objetar una medida de castigo o alguna ley determinada, sino el derecho mismo en su origen, en su orden mismo (Cfr. 1991:32; 2001:116). La violencia constituye el origen del derecho, una violencia coronada por el destino, que se manifiesta más pura y atterradoramente en el ejercicio supremo de la pena de muerte, así que “abolir ésta no es tocar un dispositivo entre otros, es desautorizar el principio mismo del derecho” (Derrida, 2002:105). Pues, “en el ejercicio de vida y muerte el derecho se confirma más que en cualquier otro acto jurídico”. La pena de muerte corrobora, por tanto, “algo corrupto en el derecho, por saberse infinitamente distante de las circunstancias en las que el destino se manifestara en su propia majestad” (Benjamin, 2001:116); ella testimonia y debe testimoniar que el derecho es una violencia contraria a la naturaleza (Derrida, 2002:105).

La institución moderna de la policía refleja de forma todavía más “antinatural” y “monstruosa” la presencia combinada, casi espectral, de dos violencias heterogéneas: la conservadora y la fundadora de derecho. La policía es un poder para fines de derecho, con derecho a la libre disposición y también con derecho de mandato para ordenar tales fines jurídicos dentro de amplios límites. Esta institución representa la fuerza de la ley y, simultáneamente, tiene fuerza de ley: conserva la ley mediante el ejercicio activo de la violencia, pero todavía más, funda y publica normas con fuerza de ley. La policía concentra como ninguna otra autoridad la violencia, en función de conservar y fundar el derecho, dejando ver para pocos lo innoble e infame que resulta su autoridad (Cfr. Benjamin, 1991:32; 2001:117). Sólo algunos, dice Benjamin, advierten que los poderes jurídicos de esta institución ocasionalmente justifican las vejaciones más brutales, ya que se dirigen ciegamente contra los sectores más vulnerables y contra quienes son abandonados por las leyes del Estado (Cfr. Benjamin, 1991:32; 2001:117). De ahí que, dice Derrida “La policía moderna, la violencia policial es estructuralmente repugnante, inmunda por su esencia dada su hipocresía constitutiva” (2002:107).

Según Benjamin, los fines de la violencia policial no son idénticos, ni siquiera están relacionados con los demás fines del derecho (Cfr. Benjamin, 1991:32; 2001:117). El “derecho” de la policía revela el punto en que el Estado, por impotencia o por los contextos inmanentes de cada ordenamiento jurídico, se siente incapaz de garantizarse los propios fines empíricos que persigue a todo precio. Allí, justamente, donde existen innumerables casos con vacíos legales, la policía interviene ocupándolos *en nombre de la seguridad*, sin recurso alguno a fines de derecho, inventando preceptos normativos, infligiendo vejaciones

al ciudadano durante toda una vida ordenada legalmente, o bien vigilándolo solapadamente. Las dos violencias se requieren una a otra en el interior de la policía: la conservación del derecho promueve tanto la creación sucesiva de enunciados legales con fuerza de ley, como la aplicación duplicada del control y la represión violenta sobre la vida social. La violencia policial está siempre presente en el orden social, invisible a veces, pero siempre eficaz en la conservación de la ley. Y a pesar de que ésta no promulga la ley, según Derrida “se comporta como un legislador en los tiempos modernos, por no decir como un legislador de los tiempos modernos” (2002:107).

La presencia de la ley consiste en su disimulación: “asedia las ciudades, las instituciones, las conductas y los gestos; se haga lo que se haga, por grandes que sean el desorden y la incuria, ella ya ha desplegado sus poderes” (Foucault, 1997:21). Y sin embargo, dice Foucault (1997), la ley en su perpetua manifestación es inaccesible, pues está en el afuera de su mutismo; ni siquiera la transgresión asegura su aparición. La policía es inseparable de la ley, está presente allí donde haya fuerza de ley. Es la ley misma, su manifestación espectral. Pero, según Benjamin, el derecho como ley es distinto a la institución policial, mientras el derecho reconoce en la “decisión” local y temporal una categoría metafísica que exige la crítica; la policía no se funda en nada sustancial (Cfr. Benjamin, 1991:32; 2001:117). La policía aparece como violencia espectral, informe, inasible y difusa por doquier; es fuerza activa, generalizada y monstruosa en la vida del Estado civilizado (Cfr. Benjamin, 1991:32; 2001:117). Las policías son todas iguales. Y sin embargo, no se puede dejar de reconocer que su presencia es menos destructiva allí donde encarna la violencia del soberano absoluto, en el que se conjugan la unión del poder legislativo y ejecutivo. Pero en los regímenes democráticos, a causa de la separación de poderes, el ejercicio de la violencia policial testimonia la máxima degeneración, pues en lugar de aplicar la ley, hace la ley (Cfr. Benjamin, 1991:32; 2001:117; Derrida, 2002:115).

En síntesis, la violencia empleada como medio es siempre o bien fundadora de derecho, o conservadora de derecho. Y en caso de no pretender alguno de estos dos atributos, renuncia por sí misma a toda validez (Cfr. Benjamin, 1991:32; 2001:117). El derecho es, pues, inseparable de la violencia. De tal manera, una institución de derecho se debilita cuando ignora la presencia latente de la violencia que la habita (Cfr. Benjamin, 1991:33; 2001:118). Las instituciones jurídico-políticas-policiales existen, consideradas tanto en sus orígenes como en sus fines, gracias a órdenes de derecho armadas de violencia.

Toda representación jurídica de soluciones a los conflictos humanos es, en principio, irrealizable sin recurrir en absoluto a la violencia. Benjamin excede

esta comprensión del derecho al proponer otros medios, medios puros, alternos al poder y exentos de violencia (1991:34; 2001:119). Benjamin señala que una unión entre personas privadas sin violencia es posible allí donde la *cultura del corazón* pone a disposición de los hombres los medios puros del “mutuo entendimiento”, o sea, el lenguaje. Esto confirma que precisamente en el ámbito privado o de la intención personal de un convenio, existe una legislación completamente inaccesible a la violencia (1991:34; 2001:119). Sus precondiciones subjetivas son cortesía sincera, afinidad, amor a la paz, confianza y todo aquello que permita ser incluido en este contexto.

En esta misma dirección, y a la vez, desde el mismo origen judío, Simone Weil plantea una justicia completamente distinta al derecho. Esta oposición entre los términos se debe a la relación de cada uno respecto a la fuerza. Weil considera al derecho como algo fundamental en la estrategia del que impone la fuerza. No siendo un límite para la fuerza, se convierte ahora en una máscara de la fuerza, que obliga coactivamente a obedecer el mandato de la autoridad suprema que se pretende legítima (Grego, 2010, pp. 11, 12). Weil también propone superar la tradición jurídica a través de la asunción del otro. El principio fundamental de la justicia pasa, entonces, por el *amor sobrenatural* que impide ejercer el dominio sobre los demás. Entre el amor y la justicia existe, pues, una íntima relación, que debe ser explorada en relación con la justicia y el lenguaje expuesta por Benjamin.

Sin embargo, la aparición objetiva de los medios puros se encuentra determinada por la ley, que los concibe únicamente como soluciones mediatas, no inmediatas, para la resolución de los conflictos humanos respecto a los bienes, y nunca respecto a los conflictos entre hombre y hombre. Por esta razón, de los medios puros, la conversación es la técnica más propia y el medio más concreto de acuerdo civil. En la conversación, no sólo el acuerdo no violento es posible, sino que la exclusión de la violencia se debe expresamente a una circunstancia significativa: la no penalización de la mentira (Cfr. 1991:35; 2001:119). En un principio, ni el derecho romano, ni el antiguo derecho germánico, penalizaban la mentira. El orden del derecho, confiado en su potencia victoriosa sobre otras formas de poder, se limitaba a rechazar la violencia ilegal allí donde se presentara. Y como el engaño o la estafa eran medios carentes de violencia, por consiguiente, se encontraban exentos de toda punición según el postulado “*ius civile vigilantibus scriptum est*”, o bien “ojo por dinero”. El derecho de épocas posteriores, empero, receloso de su propia violencia, y a diferencia del anterior, se declaró incapaz de repeler y vencer toda violencia extraña (Cfr. Benjamin, 1991:35; 2001:119). La desconfianza en su propia fuerza y el temor a la fuerza exterior constituyen la amenaza al carácter mismo del orden jurídico que, desde sus orígenes y sus fines, es siempre violento.

Por tanto, dice Benjamin, el derecho moderno se vuelve contra el engaño al imponerle un castigo, no por consideraciones morales, sino por temor a las reacciones violentas que pueda desencadenar entre los engañados (1991:35; 2001:120). Dicha tendencia contribuyó igualmente a la admisión estatal del derecho a la huelga, en tanto retarda y aleja acciones violentas a las que el derecho teme oponerse. Antes de concederlo, en efecto, los trabajadores recurrían al sabotaje y prendían fuego a las fábricas. El derecho conservador teme las acciones violentas de las víctimas o de los huelguistas, ya que son fundadoras de derecho, por consiguiente las limita rápidamente por otra violencia: la violencia del orden jurídico. La prohibición jurídica al engaño o a la huelga general proletaria reduce los medios puros enteramente no violentos a la violencia del derecho, y anuncia por lo demás el inminente proceso de decadencia del orden jurídico (1991:35; 2001:120), puesto que el control punitivo del Estado sobre la mendacidad de los discursos excede los límites entre la esfera propia de lo privado y el ámbito de las relaciones públicas, y revela como ninguna otra cosa el signo de decadencia jurídico-estatal (Cfr. Derrida, 2002:121).

Antes y más acá de todo orden de derecho existe, después de todo, un motivo eficaz para considerar que incluso la mentalidad más renuente preferirá muy a menudo medios puros y no violentos para alcanzar soluciones pacíficas a los intereses humanos en discordia. Esto por temor a las desventajas comunes que resultarían de un enfrentamiento de fuerza, sea cual fuere el vencedor (Cfr. 1991:35; 2001:119). De otro modo, dice Benjamin, ocurre cuando el litigio afecta a clases y naciones. Aquí, el orden superior que amenaza tanto al vencedor como al vencido, permanece oculto para los sentimientos y opiniones de casi todos. No obstante, “la búsqueda de semejantes órdenes superiores e intereses comunes que se derivan de ellos, y que constituyen el motivo más persistente a favor de una política de los medios puros, nos llevaría demasiado lejos” (1991:35; 2001:119). Benjamin pretende, pues, un orden de medios no violentos en las relaciones privadas y en las públicas que sustraigan la violencia del derecho, tal como ocurre en la huelga general proletaria, que no pretende fundar ni un nuevo Estado, ni un nuevo derecho, sino pura y simplemente otra forma de trabajo. Las relaciones diplomáticas y el arbitraje empleados en la política también constituyen medios puros, no violentos, análogos de aquéllos utilizados en el acuerdo pacífico de personas privadas. La diplomacia regula sin violencia las relaciones estatales en virtud de los acuerdos celebrados, y sólo ocasionalmente modifican los ordenamientos jurídicos. Del mismo modo, el arbitraje resuelve pacíficamente los litigios, “pues se cumple más allá de todo ordenamiento jurídico y por lo tanto de toda violencia” (Benjamin, 2001:122).

## BIBLIOGRAFÍA

- AGAMBEN, G. (2006). *Homo sacer. El poder soberano y la nuda vida*. (A. Gimeno, trad.). Valencia, España: Pre-textos.
- AGAMBEN, G. (2007). *La potencia del pensamiento. Ensayos y conferencias*. (F. Costa y E. Castro, trad.). Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo editora.
- AGAMBEN, G. (2010). *Medios sin fin*. (A. Gimeno, trad.). Valencia, España: Pre-textos.
- AGAMBEN, G. (2011). ¿Qué es lo contemporáneo? *Desnudez*. (C. Sardoy, trad.). Buenos Aires, Argentina: Adriana Hidalgo editora.
- ARENDT, H. (2010). *Sobre la violencia*. (G. Solana, trad.). Madrid, España: Alianza.
- BENJAMIN, W. (1991). *Para una crítica de la violencia*. (J. Blatt Weinstein, trad.). Madrid, España: Taurus.
- BENJAMIN, W. (2001). Destino y carácter. (H.A. Murena, trad.). En Suhrkamp Verlag (Ed.). *Ensayos escogidos* (pp. 175-182). México, D.F, México: Ediciones Coyoacán.
- BENJAMIN, W. (2001). Para la crítica de la violencia. (H.A. Murena, trad.). En Suhrkamp Verlag (Ed.). *Ensayos escogidos* (pp. 109-129). México, D.F, México: Ediciones Coyoacán.
- BENJAMIN, W. (2001). Tesis de Filosofía de la Historia. (H.A. Murena, trad.). En Suhrkamp Verlag (Ed.). *Ensayos escogidos* (pp. 43-52). México, D.F, México: Ediciones Coyoacán.
- BENJAMIN, W. (2001). Sobre el lenguaje en general y sobre el lenguaje de los hombres. (H.A. Murena, trad.). En Suhrkamp Verlag (Ed.). *Ensayos escogidos* (pp. 89-103). México, D.F, México: Ediciones Coyoacán.
- BENJAMIN, W. (2010). Destino y carácter. (J. Navarro, trad.). En Rodolf Tiedemann & Hermann Schweppenhäuser (Eds.). *Obras* (Vol. 1. Libro II. pp. 183-206). Madrid, España: Abada editores.
- BENJAMIN, W. (2010). Hacia la crítica de la violencia. (J. Navarro, trad.). En Rodolf Tiedemann & Hermann Schweppenhäuser (Eds.). *Obras* (Vol. 1. Libro II. pp. 183-206). Madrid, España: Abada editores.
- BENJAMIN, W. (2010). Johann Jakob Bachofen. (J. Navarro, trad.). En Rodolf Tiedemann & Hermann Schweppenhäuser (Eds.). *Obras* (Vol. 1. Libro II. pp. 222-235). Madrid, España: Abada editores.
- BENJAMIN, W. (2010). Sobre el lenguaje en cuanto tal y sobre el lenguaje de los hombres. (J. Navarro, trad.). En Rodolf Tiedemann & Hermann Schweppenhäuser (Eds.). *Obras* (Vol. 1. Libro II. pp. 144-162). Madrid, España: Abada editores.
- BENJAMIN, W. (2010). *Tesis sobre la Historia y otros fragmentos*. (B. Echeverría, trad.). Bogotá, Colombia: Ediciones desde abajo.
- BOBBIO, N. (2007a). *Teoría general del derecho*. (E. Roza Acuña, trad.). Bogotá, Colombia: Temis.

- BOBBIO, N. (2007b). *El problema del positivismo jurídico*. (E. Garzón Valdés, trad.). México, D.F, México: Fontamara.
- BOJANIC, P. (2010). La violencia divina en Benjamin y el caso de Korah. La rebelión contra Moisés como primera escena del mesianismo. (M. Jarade, trad.). *Acta poética*, 31, (1-2), 135-161.
- DE ROMILLY, J. (2010). *La Grecia antigua contra la violencia*. (J. Terré, trad.). Madrid, España: Gredos.
- DELEUZE, G & GUATTARI, F. (2001). *Mil Mesetas*. (J. Vásquez, trad.). Barcelona, España: Pre-textos.
- DERRIDA, J. (2002). *Fuerza de Ley. El fundamento místico de la autoridad*. (A. Barberá y P. Pañalver, trad.). Madrid, España: Tecnos.
- DERRIDA, J. (2008). *Seminario La bestia y el soberano*. Vol. I. (C. de Peretti & D. Rocha, trad.). Buenos Aires, Argentina: Manantial.
- ESPOSITO, R. (2005). *Immunitas. Protección y negación de la vida*. (L. Padilla, trad.). Buenos Aires, Argentina: Amorrortu.
- ESPOSITO, R. et al. (2008). *Nihilismo y política: con textos de Jean-Luc Nancy, Leo Strauss, Jacob Taubes*. (G. Prósperi, trad.). Buenos Aires, Argentina: Manantial.
- ESPOSITO, R. (2009). *Comunidad, Inmunidad y Biopolítica*. (A. García, trad.). Madrid, España: Herder.
- FOUCAULT, M. (1997). *El pensamiento del afuera*. (M. Arranz, trad.). Valencia, España: Pre-textos.
- GOETHE, J. W. V. (2006). Los años de aprendizaje de Wilhelm Meister. (M. Siguan & E. Aznar, trad.). En Marisa Siguan (Ed.). *Narrativa* (pp. 131-732). Córdoba, España: Espasa & Almuzara.
- GRECO, T. (2010). Derecho y justicia en Simone Weil. En Emilia Bea (Ed.). *Simone Weil. La conciencia del dolor y la belleza*. Madrid, España: Trotta.
- JERADE, M. (2007). De la violencia legítima a la violencia revolucionaria. *Acta poética*, 28, (1-2), 257-278.
- KLEIST, H.V. (1994). *La asombrosa guerra de Michael Kohlhaas*. (H. Ferrán, trad.). Bogotá: Colombia: Altamar.
- MINKOWICZ, G., et al. *Introducción a las fuentes del derecho hebreo*. Buenos Aires, Argentina: Lilmod.
- MOSÉS, S. (2007). *El Eros y la Ley. Lecturas bíblicas*. (A. Falcón, trad.). Buenos Aires, Argentina: Katz.
- PELBART, P. P. (2009). Nuda Vida, vida besta, una vida. *Euphorion*, 4, 34-42.
- REALE, G. & ANTÍSERI, D. (2007). *Historia de la Filosofía. I. Filosofía pagana antigua*. (Gómez, J, trad.). Bogotá, Colombia: San Pablo.

- RUIZ MIGUEL, A. (2002). *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*. Madrid, España: Trotta.
- SANCHO, M., & HERVADA, J. (1981). *Compendio de derecho natural II*. Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra.
- SCHOLEM, G. (2003). *Walter Benjamin y su ángel*. (R. Ibarlucía & L. Carugati, trads.). México, D.F, México: Fondo de Cultura Económica.
- SCHOLEM, G. (2004). *Walter Benjamin- Gershom Scholem. Correspondencia 1933-1940*. (F. Lupiani, trad.). Madrid, España: Trotta.
- SCHOLEM, G. (2011). *Los nombres secretos de Walter Benjamin*. (R. Ibarlucía, trad.). Madrid, España: Trotta.
- SOREL, G. (2005). *Reflexiones sobre la violencia*. (F. Trapero, trad.). Madrid, España: Alianza.
- VILLEY, M. (1979). *Compendio de filosofía del derecho. Definiciones y fines del derecho*. Baraña, Pamplona, España: Ediciones Universidad de Navarra.
- WEIL, S. (2005). *La fuente griega*. (J. Escartín & M. Escartín, trad.). Madrid, España: Trotta.
- WEIL, S. (2007). *Escritos históricos y políticos*. (A. López & M. Tabuyo, trad.). Madrid, España: Trotta.
- WOLKMER, A. C. (2008). *Historia de las ideas jurídicas. De la antigüedad clásica a la modernidad*. México D.F, México: Porrúa.





Autor: Jenaro Mejía Kintana  
Título: Última cena  
Técnica: Acrílico sobre madera  
Dimensión: 150 x 325 cm  
Año: 2000

## ***ASIMETRÍAS DEL PODER, RESISTENCIAS Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS FRENTE A LOS PROCESOS DE JUSTICIA Y PAZ\****

\* Este artículo hace parte de la investigación doctoral sobre la experiencia colombiana en materia de justicia transicional y cuyo trabajo de campo se realizó entre 2009 y 2010, y que fue sustentada en mayo de 2011. Esta investigación se hizo con el apoyo de la Universidad Estatal de Arizona, específicamente de la escuela de posgrados mediante el Dissertation Fellowship Award 2010-2011.

Fecha de Recepción: 14 de marzo de 2012

Fecha de publicación: 8 de junio de 2012

## ASIMETRÍAS DEL PODER, RESISTENCIAS Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS FRENTE A LOS PROCESOS DE JUSTICIA Y PAZ

*Gabriel Ignacio Gómez\*\**

### RESUMEN

Ha transcurrido casi una década después de que el gobierno de Álvaro Uribe inició el proceso de paz con los grupos paramilitares, y más de seis años desde que los procesos de “justicia y paz” se iniciaron. Los reportes de derechos humanos dan cuenta de la Preocupación de las organizaciones de derechos humanos y de víctimas sobre los pobres resultados de los procesos judiciales y los pobres resultados en materia de protección a los derechos de las víctimas. Estas observaciones exigen una evaluación sobre la suficiencia de los mecanismos judiciales para proteger los derechos a la verdad, la justicia y la reparación en el contexto de un conflicto político persistente. Este artículo busca analizar las relaciones entre política y derecho sobre la puesta en marcha de los procesos judiciales de “justicia y paz”. En tal sentido, el texto se concentra fundamentalmente en dos aspectos: en primer lugar, en las asimetrías de poder entre los paramilitares desmovilizados y las víctimas de graves violaciones de derechos humanos, y en segundo lugar, en la resistencia política y jurídica promovida por las redes de derechos humanos con el fin de promover la protección de los derechos de las víctimas.

**Palabras Clave:** Justicia transicional desde abajo, Derechos Humanos, Redes de Derechos Humanos, Resistencia.

### POWER ASYMMETRIES, RESISTANCE AND VICTIMS' RIGHTS REGARDING “JUSTICE AND PEACE” TRIALS

#### ABSTRACT

It has been almost a decade since the government of Alvaro Uribe started the peace process with the paramilitary forces, and more than six years since the “justice and peace” trials started. Human rights reports manifest the concern of human rights and victims organizations about the poor outcomes of the trials considering the weak level of protection of victims' rights. These observations request to assess the sufficiency of judicial mechanisms to protect the rights of truth, justice and reparation in a context of a persisting political conflict. Based on a sociolegal research about the recent Colombian experience on the framing and application of mechanisms of transitional justice, the article attempts to analyze the relations between politics and law regarding the application of “justice and peace” trials. The article addresses two main findings. First, different forms of political asymmetries between demobilized paramilitary members and victims of gross violations of human rights have been reproduced within the “justice and peace” trials, and second, human rights networks have deployed actions of political and legal resistance in order to protect victims' rights.

**Key words:** Transitional justice from below, human rights, Human Rights Networks, Resistance.

---

\*\* Profesor Asociado Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Miembro del grupo Derecho y Sociedad. PhD en Estudios en Justicia e Investigación Social de la Universidad Estatal de Arizona. Email: gomez.gabrielignacio@gmail.com

## **ASIMETRÍAS DEL PODER, RESISTENCIAS Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS FRENTE A LOS PROCESOS DE JUSTICIA Y PAZ**

### **INTRODUCCIÓN**

Los acuerdos de paz celebrados en Colombia en 2003 entre el gobierno de Álvaro Uribe y las fuerzas paramilitares, así como la posterior adopción de marcos jurídicos orientados a la desmovilización de tales grupos, desataron desde entonces un intenso debate político entre dos posturas políticas claramente identificables. De un lado, los paramilitares desmovilizados, el gobierno, así como sectores políticos cercanos al proyecto del gobierno, hicieron énfasis en la necesidad de promover, en nombre de la paz y la reconciliación, unos mecanismos jurídicos orientados a la desmovilización de los grupos paramilitares. Del otro lado, las organizaciones transnacionales y nacionales de derechos humanos, así como grupos de víctimas y académicos, desde distintas perspectivas y matices políticos, mostraron la necesidad de incorporar límites éticos y jurídicos en la negociación política, así como de tomar en serio los reclamos de verdad, justicia y reparación. Esta confrontación de perspectivas, si bien no es extraña en los estudios sobre justicia transicional y procesos de paz, tiene que entenderse dentro de un contexto que hace del caso colombiano una experiencia bastante relevante para efectos de estudios comparados. En primer lugar, esta experiencia, a diferencia de otros casos que han sido estudiados en la literatura sobre justicia transicional, no puede ser entendida como una transición de la guerra hacia la paz. Tal como lo han sugerido varios analistas, se trata más bien de una experiencia de utilización de mecanismos conocidos como de “Justicia Transicional” para la desmovilización de un actor armado en medio de un complejo conflicto armado de larga duración, o de “Justicia Transicional” sin transición (Díaz: 2008; Uprimny&Saffon: 2006). Y en segundo lugar, la contradicción entre las perspectivas anteriormente descritas, refleja una enorme asimetría entre las partes en contienda. En tal sentido, debe tenerse en cuenta también, que este proceso emergió en el contexto de un discurso hegemónico transnacional y nacional sobre seguridad y lucha contra el terrorismo. El gobierno colombiano promovió un marco jurídico que fue especialmente ideado para facilitar la desmovilización de los grupos paramilitares, en un momento en que libraba una ofensiva militar y jurídica orientada a desarrollar la guerra

contra los grupos armados de izquierda.<sup>1</sup> Así, los reclamos de las organizaciones de víctimas y de derechos humanos por los derechos de verdad, justicia y reparación, no contaron con la visibilidad y el respaldo político que parecían tener las propuestas de seguridad y orden lideradas por el gobierno de Álvaro Uribe.

Casi una década después del inicio de dicho proceso, y seis años después de la expedición de la 975 de 2005, conocida como “Ley de Justicia y Paz”, los reportes de derechos humanos y las evaluaciones sobre la aplicación de la ley llaman la atención sobre el alto nivel de impunidad en Colombia y coinciden en manifestar la preocupación por los precarios resultados de los procesos judiciales de “justicia y paz” en términos de la protección de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos.<sup>2</sup> Estos ejercicios de balance proporcionan elementos para sugerir un primer problema de reflexión que se relaciona con la capacidad de los mecanismos judiciales de “justicia y paz” para satisfacer los reclamos de verdad, justicia y reparación en medio de un conflicto armado y en un contexto político caracterizado por la hegemonía del discurso de seguridad y guerra contra el terrorismo. Un segundo aspecto, menos mencionado, pero muy importante en el caso colombiano, está relacionado con los procesos de resistencia liderados por las organizaciones de derechos humanos y las altas cortes frente a un proyecto político de impunidad. Teniendo en cuenta estas consideraciones, surgen los siguientes interrogantes: i) ¿en qué medida las asimetrías de poder existentes en el contexto político, jurídico e institucional han incidido en los procesos judiciales de “justicia y paz”?; y ii) ¿Qué acciones de resistencia han sido promovidas las organizaciones y redes de derechos humanos? Con el fin de responder a estos interrogantes, el artículo propone un análisis sociojurídico sobre las asimetrías de poder y las expresiones de resistencia en los “justicia y paz” en Colombia.

- 
- 1 Con ocasión del proceso de paz con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) el gobierno promovió unos mecanismos en los que, de un lado, el Estado renunciaba al ejercicio de la persecución penal (Ley 782 y Decreto 128 de 2002) y, del otro, otorgaba una pena alternativa que no superaría los ocho años de prisión para los comandantes desmovilizados que confesaran discrecionalmente sus acciones (Ley 975 de 2005).
  - 2 Ver, por ejemplo, Movimiento Víctimas de Crímenes de Estado MOVICE, Comité de Solidaridad con Presos Políticos CSPP y Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo CAJAR, *Sin Justicia y sin Paz, Verdad fragmentada, reparación ausente, Balance de la Aplicación de la “ley de Justicia y Paz”*, MOVICE, CSPP y CAJAR, Bogotá, 2009; igualmente ver, Comisión Colombiana de Juristas CCJ, *Colombia: El espejismo de la justicia y la paz, Balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*, CCJ, Bogotá, 2007; así mismo, Comisión Colombiana de Juristas CCJ, *Colombia: La metáfora del dismantelamiento de los grupos paramilitares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*, CCJ, Bogotá, 2010; igualmente ver, Observatorio Internacional DDR Justicia y Paz, *Tercer Informe*, Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Agencia Española de Cooperación Internacional y de Cooperación, Centro Internacional de Toledo para la Paz CITpax, Bogotá, 2010.

Este artículo presenta parte de los resultados de una investigación doctoral de mayor alcance sobre los actores, discursos y prácticas en contienda en el proceso de configuración y puesta en marcha de los mecanismos de justicia transicional en Colombia, así como sobre el rol que han desempeñado las redes de derechos humanos en tal contienda. La investigación da cuenta del análisis de material documental consistente en informes sobre el desarrollo de los procesos de “justicia y paz”, del análisis de entrevistas en profundidad realizado con más de cincuenta personas pertenecientes a más de diez organizaciones de derechos humanos y de víctimas, así como de varias organizaciones intergubernamentales, y diversos programas de cooperación internacional.<sup>3</sup> Estas entrevistas se realizaron entre agosto de 2009 y julio de 2010 en las ciudades de Bogotá y Medellín. El artículo se concentra entonces en las relaciones entre política y derecho en la puesta en marcha de los procesos judiciales de “justicia y paz”, y en consecuencia, en la manera como las asimetrías de poder existentes en el contexto sociopolítico inciden en tales procesos. Igualmente el artículo identifica diferentes expresiones de resistencia políticas y jurídicas ejercidas por las redes de derechos humanos con el fin de promover la protección de los derechos de las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Para la presentación de los argumentos expuestos en el artículo, me apoyaré en perspectivas críticas de sociología del derecho que permiten entender el espacio de la justicia transicional como un escenario de contienda. Luego, daré cuenta de varias asimetrías y barreras que inciden en la protección de los derechos de las víctimas para finalmente explicar las principales acciones desplegadas por las redes de derechos humanos orientadas a resistir la impunidad y proteger los derechos de las víctimas.

## 1. Perspectiva crítica sobre la justicia transicional

Para efectos de este artículo me baso en una perspectiva de sociología jurídica crítica en la cual retomo dos herramientas conceptuales que pueden ser relevantes para el análisis del caso colombiano. En primer lugar, con base en la perspectiva de los campos sociales propuesta por Pierre Bourdieu (1987: 1992), sostengo que la justicia transicional es un espacio de intersección entre la política y el derecho, en el cual se presenta una contienda entre múltiples actores sociales que cuentan con distintitos intereses, perspectivas y recursos. En segundo lugar, con base en perspectivas de derechos humanos y justicia transicional desde abajo, sugiero que la posibilidad de realización y construcción de contenidos y prácticas de derechos

---

3 Con el fin de proteger a las personas entrevistadas se omiten sus nombres.

humanos, no depende exclusivamente de las esferas institucionales, sino también de las prácticas de actores no estatales, como organizaciones no gubernamentales (en adelante ONGs), movimientos sociales, y redes de derechos humanos. Estos actores han desplegado diferentes repertorios de acciones políticas y jurídicas, como lograr apoyo político de la comunidad internacional, incorporar el discurso de derechos de las víctimas en el espacio político y jurídico colombiano, y finalmente, promover acciones de litigio estratégico en escenarios judiciales.

### **1.1. La Justicia Transicional desde la perspectiva del campo social**

El concepto de justicia transicional, o justicia en tiempos de transición, emerge a finales de la década de los ochenta y comienzos de los noventa, como consecuencia de los procesos de transición a la democracia que experimentaron algunos países del cono sur, del colapso del sistema socialista en la antigua Unión Soviética y Europa del Este, así como de los procesos de paz que se vivieron luego de las guerras civiles en Centro América (Elster: 2004; Minow: 1998; 2002; Teitel: 2000). Con base en tales experiencias se observó que no se trataba exclusivamente de procesos de transición política hacia formas de democracia liberal, sino que además, había reclamos sociales sobre rendición de cuentas por violaciones contra los derechos humanos cometidos en el pasado. Durante las últimas dos décadas, la justicia en tiempos de transición se ha consolidado como un área de estudio interdisciplinario orientado a examinar el conjunto de mecanismos judiciales, cuasi-judiciales, o sociales, orientados a resolver las necesidades políticas de convivencia y los reclamos de justicia por la comisión de violaciones de derechos humanos cometidos en el pasado por parte de regímenes dictatoriales o de actores armados. Sin embargo, más que los mecanismos y las expresiones institucionales formales, me interesa indagar sobre los procesos y prácticas sociales asociadas a la configuración y puesta en escena de tales mecanismos. En tal sentido me apoyo en la perspectiva de campos sociales sugerida por Pierre Bourdieu (1987), para sostener que la justicia transicional es un espacio de intersección entre dos campos sociales: la política y el derecho. Este espacio de intersección es, a su vez, un escenario de disputa en el que diferentes actores, con diferentes niveles de poder, intereses, discursos y recursos, luchan alrededor de la conceptualización, el diseño y aplicación de los mecanismos para resolver conflictos políticos y, a su vez, hacer frente a las demandas de justicia por la comisión de graves violaciones de derechos humanos (McEvoy&McGregor: 2008). Pero, las implicaciones sociales de los procesos de transformación política van más allá de los simples diseños institucionales, pues las tensiones políticas y culturales continúan presentándose, tanto en espacios institucionales como no institucionales.

En este espacio de conflictividad que representan los procesos de justicia transicional, emergen entonces múltiples tensiones, entre las cuales quiero resaltar especialmente dos contradicciones. En primer lugar, se puede observar una tensión entre las necesidades políticas percibidas en un determinado contexto, como pueden ser la búsqueda de la paz y la estabilidad política, y los valores normativos de justicia, expresados usualmente como la lucha contra la impunidad y el respeto por la verdad, la justicia y la reparación.<sup>4</sup> La segunda tensión se relaciona con las contradicciones entre los intereses de grupos poderosos, y los intereses y perspectivas de sectores marginados socialmente. Por ejemplo, en los casos de las dictaduras militares, las élites políticas, cercanas a los regímenes militares, intentaron promover leyes de punto final con el fin de garantizar mayor estabilidad política, desatendiendo las voces de las víctimas, tal como ocurrió en Chile y en Argentina (Orozco: 2005, 175-224). La literatura contemporánea en justicia transicional y derechos humanos reconoce estas contradicciones a través de categorías como “justicia transicional desde arriba” y “justicia transicional desde abajo” (McEvoy&McGregor: 2008). Sin embargo, esta distinción está lejos de ser una división dicotómica, y se plantea más bien como un campo en medio del cual se presentan múltiples expresiones intermedias (Goodale&Merry: 2007).

## 1.2. Justicia Transicional desde abajo

La perspectiva “desde abajo” en materia de justicia transicional y de derechos humanos, sin desconocer necesariamente las contribuciones de perspectivas institucionales, intenta aportar nuevos elementos teóricos para comprender las condiciones de arraigo social de los mecanismos de justicia transicional, así como hacer visible las prácticas sociales que emergen en sectores sociales de base y que suelen ser invisibilizadas por discursos formales e institucionales (McEvoy&McGregor: 2008). Esta perspectiva se concentra, de un lado, en la participación de actores no estatales en el diseño y aplicación de mecanismos de justicia transicional, y de otro, en prácticas no formales de resolución de conflictos en espacios locales. A pesar de que la literatura sobre justicia transicional “desde abajo” es relativamente exploratoria, defensores de esta aproximación, como KieranMcEvoy, Patricia Lundi y Mark McGovern (2008), convergen en tres aspectos fundamentales. En primer lugar, estos autores critican la forma restrictiva y unidimensional de entender la justicia,

---

4 Por ejemplo, RutiTeitel hace referencia a esta tensión como una contradicción entre “Realistas” e “Idealistas”. Mientras los realistas consideran que el derecho es producto de una realidad política a la cual aquel debe adecuarse, los idealistas consideran que los valores de justicia, representados por el discurso de derechos humanos, debe inspirar el diseño de las nuevas reglas de juego político (Teitel: 2000).

la democracia y el estado de derecho que sugiere la perspectiva “desde arriba”. Tal aproximación en materia de justicia transicional y derechos humanos, reproduce una concepción occidental y liberal sobre la democracia, los derechos humanos y el derecho, y suele maximizar la centralidad del derecho estatal (McEvoy: 2008; Lundy&McGovern: 2008). A esta restricción se agrega el dominio disciplinar sobre el tema. Por ejemplo, para McEvoy, el crecimiento del campo de la justicia transicional como área de estudio ha coincidido con la expansión de un lenguaje jurídico dominado especialmente por expertos en derecho internacional de los derechos humanos y derecho penal internacional. Sin embargo, el crecimiento de esta tendencia legalista ha reducido la posibilidad de tomar en cuenta otras perspectivas epistemológicas de acuerdo con las cuales los tribunales y el castigo no son necesariamente la principal forma de lograr justicia en escenarios locales.

En segundo lugar, la perspectiva “desde abajo” intenta analizar el rol de los actores no estatales, como los movimientos sociales o sujetos subalternos, cuyas voces tienden a ser invisibilizadas por los discursos y prácticas institucionales (Rajagopal: 2005). Dependiendo entonces de quiénes son los sujetos que participan en los procesos de justicia transicional “desde abajo”, se podría distinguir entre un sentido restringido y un sentido más amplio. De acuerdo con un sentido más restringido, las prácticas “desde abajo” son experiencias fundamentalmente locales, informales y que permiten mayor grado de participación de grupos sociales de base. En tal sentido, el valor y riqueza de estas experiencias depende entonces de su arraigo social, de su potencial creativo y del hecho de que van más allá de los mecanismos institucionales (McEvoy&McGregor: 2008). Sin embargo, diferentes experiencias examinadas, muestran que las propuestas “desde abajo” pueden entenderse desde una perspectiva más amplia en el sentido de que también dan cuenta de la participación de actores institucionales y de lenguajes formales en los procesos emancipatorios de grupos de base. Por ejemplo, el trabajo de LornaMcGregor sugiere que las instituciones y el lenguaje del derecho internacional de los derechos humanos, si bien han sido herramientas que han reproducido desigualdades y prácticas colonialistas y etnocéntricas, igualmente ofrecen la posibilidad de ser apropiadas por los grupos marginados para ser usadas como resistencia a prácticas opresivas (2008:64).

En tercer lugar, las perspectivas “desde abajo” suponen la existencia de un proceso de resistencia y de búsqueda de alternativas frente a una situación de opresión y de exclusión. En este artículo, apoyándome en una concepción amplia de la perspectiva “desde abajo”, sostengo que ante una situación de hegemonía del discurso de seguridad, y ante la existencia de actores armados opuestos que continúan ejerciendo violencia contra la sociedad civil, las redes de derechos humanos, son

los actores que principalmente han resistido un proyecto de “reconciliación desde arriba” y de impunidad que se quiso imponer en Colombia por parte del gobierno colombiano durante la pasada década. Las redes de derechos humanos son alianzas entre organizaciones transnacionales, nacionales, movimientos sociales, organismos intergubernamentales, y también gubernamentales, que comparten unos mismos valores y objetivos (Keck & Sikkink: 1998, 8). En el caso colombiano, si bien las redes de derechos humanos no son actores homogéneos y totalmente coherentes (Orozco: 2005, 348), sí han logrado definir unos consensos mínimos, así como unas complementariedades, en virtud de las cuales se han podido identificar objetivos comunes y desarrollar acciones políticas y jurídicas. Las redes de derechos humanos han promovido una visión alternativa en el contexto de un discurso hegemónico sobre seguridad y han hecho frente a las asimetrías de poder en los procesos de diseño y aplicación de los mecanismos jurídicos que se crearon para promover la desmovilización de las fuerzas paramilitares y la protección de las víctimas. La fuerza de las redes de derechos humanos se derivó entonces del apoyo internacional y del peso moral del discurso de derechos humanos frente a lo que se observaba como un proyecto que maximizaba la impunidad en Colombia. Luego de exponer este marco teórico y con el fin de responder a los interrogantes formulados inicialmente, identifiqué, en primer lugar, varios niveles de asimetrías de poder que han condicionado el desarrollo de los procesos de justicia y paz; en segundo lugar, diferentes acciones desplegadas por las redes de derechos humanos para hacer frente a tales asimetrías de poder, y finalmente, el espacio judicial de justicia y paz como un escenario de contienda.

## 2. Asimetrías de Poder

En esta parte intento resolver el primer interrogante formulado en la introducción, en virtud del cual se indaga por la incidencia del entorno político, jurídico, e institucional en los procesos de “justicia y paz”. Con base en múltiples aproximaciones empíricas y críticas sobre el derecho ha sido posible mostrar que las fronteras entre derecho y política son bastante porosas (Bourdieu: 1987; Galanter: 2001; Kairis: 1998; Santos: 2009; Santos & Rodríguez; Uprimny, Rodríguez & García: 2006). Pero tales fronteras se hacen aún más difusas en el contexto de un conflicto político, y específicamente en el desarrollo de los procesos judiciales de “justicia y paz”. Así, las lógicas de la contienda política logran incidir en los procesos de creación jurídica, en el diseño institucional y finalmente en la puesta en marcha los procesos judiciales. Desde esta perspectiva, la reflexión sobre las limitaciones en el ejercicio de los derechos de las víctimas no pueden restringirse a la dinámica interna de los

procesos de “justicia y paz”, sino que exigen una perspectiva más amplia que dé cuenta de las condiciones de distribución de poder en el contexto social y político, en la definición de las normas jurídicas y en el diseño y puesta en marcha de arreglos institucionales orientados al desarrollo de tales procesos. A continuación identifico entonces tres formas de asimetría de poder que inciden en los procesos de “justicia y paz”: 1) asimetrías en el contexto social y político, 2) asimetrías en el tratamiento jurídico y 3) asimetrías en los diseños institucionales.

### **2.1. Asimetrías en el contexto social y político**

A comienzos de la primera década de siglo varias condiciones hicieron posible la emergencia de un discurso y unas prácticas orientadas a la promoción de la seguridad como objetivo prioritario del Estado colombiano. En primer lugar, la frustración colectiva generada por las negociaciones fallidas entre el gobierno de Andrés Pastrana (1998-2002) y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) (Pecaut, 2006: 449 y ss). En segundo lugar, el proceso de expansión paramilitar que se intensificó en la última década del siglo XX, en virtud del cual los grupos de auto-defensa, no solamente se expandieron militarmente sino que también, lograron un alto nivel de penetración en las esferas públicas locales y regionales (Romero:2003; 15-276; Valencia: 2007, 13-47). En tercer lugar, para 2002, en medio de la frustración colectiva en contra de las FARC y del ascenso político de los grupos paramilitares, fue elegido el candidato que más se opuso a las negociaciones con las FARC y quien promovió la idea de seguridad como el punto central de su campaña política. La emergencia de un discurso hegemónico en materia de seguridad, liderada especialmente por el gobierno de Alvaro Uribe, trajo consigo la redefinición de los términos del conflicto, en la medida que para el gobierno, no había conflicto político sino “amenaza terrorista”. Así mismo promovió una nueva construcción política de enemigos y amigos, en virtud de la cual los enemigos, dejaban de ser percibidos como contendores con los cuales se podía promover una negociación política, para adquirir la categoría de “terroristas” con quienes era inadmisibles adelantar un proceso de paz. Por su parte, las representaciones de los grupos paramilitares, que décadas atrás habían sido considerados los mayores desestabilizadores del país y los responsables de múltiples violaciones de derechos humanos, se transformaban de tal manera que para comienzos de la década anterior comenzaban a ser considerados como adversarios con los cuales se podía intentar una negociación política. En este contexto, el conflicto político, lejos de estar resuelto, y a pesar de ser negado por el gobierno de Alvaro Uribe, persistía en el lenguaje político, en las representaciones sobre “amigos” y “enemigos”, en las medidas institucionales adoptadas, en los debates (y silencios) públicos, en las prácticas sociales de la vida cotidiana y en el escenario micropolítico de los procesos judiciales.

En este contexto, el alto nivel de apoyo por parte de la opinión pública y los medios de comunicación al gobierno de Uribe, así como cierto nivel de aceptación en algunos sectores sociales de los grupos paramilitares como un “mal necesario”, contrastaban con el débil respaldo político de las organizaciones de derechos humanos en el contexto nacional y, aún más, con la invisibilidad y marginalidad de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Ante esta situación, las negociaciones con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y la posterior promoción de un marco jurídico para facilitar la desmovilización de tales grupos tuvieron las siguientes características. En primer lugar, se trató de un proceso complejo en el que se combinaron elementos del modelo de Desmovilización, Desarme y Reintegración (DDR) con elementos de justicia transicional. Sin embargo, tal como lo señalan Lisa Laplante y Kimberly Theidon (2006: 49-108) se trató de un proceso en el que, más que garantizar los derechos de verdad, justicia y reparación, se buscaba “legalizar la política” (108). En segundo lugar, el gobierno no sólo contaba con una alta popularidad sino también con el control de las mayorías en el congreso. Tal como habría de corroborarse años después, buena parte de los miembros del congreso, no sólo tenían vínculos políticos con los grupos paramilitares, sino que habían realizado pactos políticos orientados a capturar instituciones estatales (Corporación Nuevo Arco Iris: 2007; Lopez: 2010). Finalmente, el gobierno y el congreso de la república, debido a la presión internacional y a la creciente presión nacional, tuvieron que incorporar algunos elementos del discurso de verdad, justicia y reparación, pero con una evidente manipulación política, dando a entender que Colombia había entrado en una fase de transición y en la superación de la expresión paramilitar.<sup>5</sup> Esta observación nos muestra entonces las ambivalencias del discurso de justicia transicional en la medida que, además de hacer referencia a un área de estudio, también ofrece la posibilidad de construir un lenguaje que puede ser usado, ya para promover el reconocimiento de las víctimas desde una perspectiva democrática, o ya buscar réditos políticos sugiriendo la existencia de una transición de la guerra a la paz (Uprimny & Saffón: 2009), o por lo menos, de una transición “desde una democracia (sic) sin el monopolio de las armas hacia una democracia con el monopolio de las armas”, tal como lo expresaba el entonces director de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (Pizarro: 2009, 36).

Pero además de la apropiación de sentidos en un contexto de hegemonía del proyecto de seguridad, y a pesar de una retórica oficial que anunciaba el fin del paramilitarismo en Colombia, los grupos paramilitares desmovilizados, y no desmovilizados, continuaron ejerciendo un control social y desarrollando prácticas violentas en

---

5 Sobre la incorporación del lenguaje de verdad, justicia y reparación en los proyectos de ley promovidos por el gobierno nacional ver, Fundación Social (2006).

algunas regiones del país (Comisión Colombiana de Juristas: 2010). Durante los últimos años ha surgido una nueva generación de grupos paramilitares, denominada por el gobierno como Bandas Criminales (BACRIM), que ha ido copando territorios, controlando rutas de narcotráfico y promoviendo procesos de captura estatal, especialmente en espacios locales. Ante la continuidad de las estructuras económicas y políticas del proyecto paramilitar en Colombia, así como de la reactivación de nuevos grupos paramilitares, las posibilidades del ejercicio pleno de los derechos de las víctimas termina cediendo paso a la intimidación y las prácticas del miedo. En algunas regiones, como Urabá y Córdoba, los grupos paramilitares han amenazado a los líderes de las organizaciones de víctimas que reclaman sus derechos así como la recuperación de sus tierras. Hasta noviembre de 2011, más de 70 líderes de organizaciones víctimas que reclamaban sus derechos, habían sido asesinados por fuerzas paramilitares, generando un terrible efecto de intimidación y desmovilización entre las organizaciones de víctimas del país (Noguera, 2011).

## 2.2. Asimetrías en el tratamiento jurídico

Una de las preguntas fundamentales en un proceso de diseño y aplicación de mecanismos de justicia transicional tiene que ver con quién y cómo se define la agenda y los contenidos normativos en un momento de cambio político. En el caso colombiano, debido al enorme capital político del gobierno, del congreso y de los grupos paramilitares, hubo una notable influencia en el diseño de los instrumentos normativos. Los mecanismos que se promovieron desde el gobierno, más que obedecer a un gran acuerdo democrático que permitiera responder a los reclamos de verdad, justicia y reparación, obedecían a la necesidad percibida desde el gobierno de facilitar la desmovilización, usando figuras similares a las empleadas anteriormente en los procesos de desmovilización de grupos armados de izquierda. Se diseñaron en principio dos mecanismos. En primer lugar, se buscó extender el campo de aplicación de normas existentes en materia de desmovilización y que se habían usado anteriormente para procesos de paz con grupos guerrilleros. Así, con base en la ley 782 y el decreto 128 de 2002, el gobierno logró que de los 33.000 paramilitares desmovilizados, a cerca de 29.000 no se les iniciara ninguna investigación penal (MOVICE, CSPP & CAJAR: 2009; Comisión Colombiana de Juristas: 2007). Con base en este marco legal el Estado renunció a investigar a los miembros de grupos paramilitares que no estuvieran vinculados a la comisión de crímenes de lesa humanidad. A estos desmovilizados no se les exigió ningún compromiso consistente en contribuir seriamente en el esclarecimiento de los hechos y la reparación de las víctimas.

En segundo lugar, con el fin de promover la desmovilización de los comandantes paramilitares se buscó un marco jurídico especial, conocido como proyecto de

“Alternatividad Penal”, que otorgaba penas alternativas a aquellos desmovilizados involucrados en la comisión de graves violaciones de derechos humanos. Posteriormente, debido a la presión de la comunidad internacional y las ONGs de derechos humanos, el gobierno incluyó, aunque de manera restrictiva, vagas referencias a los derechos de las víctimas. La ley 975 de 2005, también conocida como “Ley de Justicia y Paz”, previó un procedimiento breve para la desmovilización de miembros de grupos paramilitares que estaban involucrados en graves violaciones de derechos humanos. De acuerdo con varios litigantes en derechos humanos, a los desmovilizados les habría tomado aproximadamente seis meses finalizar el proceso judicial, lo que les hubiera permitido posteriormente legalizar sus propiedades y participar en política, tal como lo habían planeado.<sup>6</sup> Vale recordar que el mismo comisionado de paz Luis Carlos Restrepo había definido el proceso de paz, no como una negociación política sino como una negociación para “acceder a la política” (Restrepo: 2005, 216). Sin embargo, la decisión de la Corte Constitucional en 2006 cambió los planes de los comandantes paramilitares y de las élites políticas en el gobierno y el congreso. Como sostuvo un destacado defensor de derechos humanos, “la Corte Constitucional dañó la fiesta”.<sup>7</sup> La Corte Constitucional en la sentencia C-370 de 2006 cambió el contenido de la “Ley de Justicia y Paz” e introdujo modificaciones significativas en lo relacionado con los procedimientos. Igualmente, la Corte redujo los incentivos a los paramilitares y amplió el alcance de los derechos de las víctimas. Aun así, sólo el 10% de los miembros de grupos paramilitares, es decir, un poco más de 3.000 paramilitares, decidió inicialmente someterse a los procesos de “justicia y paz”. Estos procesos implicaban que la Fiscalía debía contar con la capacidad para recibir la confesión de cada uno de esos postulados y responder a la expectativa de las víctimas de participar en los procesos de “justicia y paz” para conocer el paradero de sus familiares y esclarecer los motivos de los crímenes cometidos. En resumen, las reglas de juego promovidas por el gobierno y el congreso, se orientaron principalmente a la desmovilización de los grupos paramilitares y redujeron las posibilidades de esclarecimiento de la verdad, la justicia y la reparación, a través de un proceso judicial especial en el cual las víctimas no han contado con las herramientas, los recursos, el conocimiento y la representación para participar adecuadamente.

---

6 Entrevistas con miembros de la Comisión Colombiana de Juristas CCJ y del Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo CAJAR, Bogotá, Septiembre 2009-Febrero 2010.

7 Entrevista con un abogado del Colectivo de Abogados Jose Alvear Restrepo CAJAR, Bogotá, Noviembre 2009.

### 2.3. Asimetrías de poder en el desarrollo de arreglos institucionales

Un tercer aspecto a tener en cuenta se relaciona con el desarrollo de arreglos institucionales que vinieron luego de la desmovilización de los grupos paramilitares. El espacio institucional, tal como ha sido estudiado en ciencias sociales, es a su vez un espacio estructurado, y estructurante.<sup>8</sup> Es estructurado en la medida que es el resultado de fuerzas políticas y económicas que definen su alcance y limitaciones; y es estructurante en la medida que condiciona el campo de acción de los agentes estatales, sean ellos fiscales, jueces o defensores públicos. De esta forma los arreglos institucionales relacionados con los procesos de “justicia y paz” no escapan a las limitaciones que implica la existencia de un conflicto político y la hegemonía de un discurso de seguridad. Para quienes promovían políticas de reconciliación, perdón y olvido “desde arriba”, no era una prioridad diseñar mecanismos institucionales y reforzar las capacidades para desarrollar los derechos de verdad, justicia y reparación. El diseño y desarrollo de los arreglos institucionales en materia de “justicia y paz”, a pesar de los esfuerzos individuales de algunos funcionarios en la Fiscalía General de la Nación o en la Defensoría del Pueblo, no se tradujo en capacidades económicas, administrativas ni técnicas suficientes, para enfrentar el reto de desarrollar las investigaciones penales de crímenes de lesa humanidad cometidos por los grupos paramilitares en Colombia durante las últimas tres décadas.

En el caso de la Fiscalía General de la Nación, si bien se creó una estructura administrativa consistente en tres unidades permanentes de “justicia y paz” y once unidades satélites, tal estructura no ha sido suficiente para llevar a cabo las investigaciones penales. Las principales unidades de “justicia y paz”, estaban localizadas en tres de las ciudades más importantes del país: Bogotá, Medellín y Barranquilla. Además, desde la perspectiva de acceso a la justicia, estos diseños dejan ver la existencia de barreras geográficas, económicas y culturales que impedían que las víctimas, especialmente campesinos y comunidades marginadas, viajaran de lugares remotos en el país para acudir a las audiencias.<sup>9</sup> Las unidades de la Fiscalía estaban compuestas

---

8 En tal sentido las instituciones no sólo están determinadas por estructuras económicas y políticas, sino que también son un espacio de interacción y lucha entre agentes y organizaciones en las que se normalizan formas de regulación y control social. Ver al respecto, Bourdieu, Pierre y Wacquant, Loic. op. cit., ver también, Smith, Dorothy, *Institutional Ethnography. A Sociology for People*, Altamira Press, Lanham, New York, Toronto, Oxford, 2005.

9 Sobre el concepto de acceso a la justicia, ver, Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*, Fondo de Cultura Económica, México, 1996; en el contexto latinoamericano ver, Méndez, Juan; O'Donnell, Guillermo y Pinheiro, Paulo Sergio (compiladores). *La (in)eficacia de la ley y la exclusión en América Latina*. Buenos Aires-Barcelona-México: Paidós, 2002; con respecto a las dificultades para el acceso de las víctimas a la justicia, ver Observatorio Internacional DDR Justicia y Paz, *Tercer Informe*, op. cit.

por 28 fiscales, quienes estaban a cargo de recibir las confesiones de más de 3.000 paramilitares que decidieron hacer parte de los procesos de justicia y paz. Cada una de las audiencias de confesión se ha tenido que desarrollar en múltiples sesiones, y ha estado expuesta a múltiples contingencias, como la disposición de colaboración de los postulados, las intimidaciones, o la extradición de los mismos. Adicionalmente al volumen de casos, los fiscales nombrados para “justicia y paz” en un principio no contaban con la experiencia requerida en temas de justicia transicional. Tal como lo sostenía una antigua funcionaria de la fiscalía: “ellos no tenían ni idea de justicia transicional, los fiscales venían de hacer investigación en otras unidades, como corrupción u otros temas”<sup>10</sup>. De hecho, abogados de derechos humanos y miembros de organismos intergubernamentales reconocen que “el tema era nuevo para todos”.<sup>11</sup> En cuanto a la representación legal de las víctimas, el gobierno no apoyó un programa comprensivo para representar los intereses de las víctimas en los procesos judiciales. A pesar de los esfuerzos de la Defensoría del Pueblo en responder a las solicitudes de las víctimas, esta institución no ha podido atender apropiadamente a tales demandas, puesto que el programa de defensoría pública fue diseñado para la representación de procesados. Sin embargo, con las nuevas exigencias consistentes en ofrecer representación a las víctimas en los procesos de “justicia y paz”, el programa de defensoría pública debió asumir tales funciones con los mismos recursos y con el mismo personal.<sup>12</sup>

### 3. Resistencia a la Impunidad

En medio de un contexto político adverso al reconocimiento de los derechos de las víctimas, especialmente durante el gobierno de Alvaro Uribe Vélez, es posible observar diferentes formas de asimetrías de poder entre quienes promovían un proyecto de desmovilización, y quienes buscaban la protección de los derechos de las víctimas. Sin embargo, las redes de derechos humanos han promovido distintos espacios y expresiones de resistencia frente a lo que Winifred Tate (2007, 215) ha denominado, “la construcción política de la impunidad”. En esta parte doy cuenta del segundo interrogante formulado en la introducción y que hace referencia a las expresiones de resistencia a la construcción política de la impunidad, y para ello, resalto especialmente tres formas de acción que las diferentes organizaciones de de-

10 Entrevista con antigua fiscal, Bogotá, Septiembre 2009.

11 Entrevistas con diferentes miembros de ONGs de derechos humanos, Bogotá, Septiembre 2009-Febrero 2010.

12 Intervención de funcionario de la Defensoría del Pueblo en Seminario sobre Políticas Públicas para el Acceso de las Víctimas a la Justicia, Bogotá, Noviembre de 2009.

rechos humanos han desplegado con el fin de proteger los derechos de las víctimas: 1) la búsqueda de apoyo político de la comunidad internacional; 2) la incorporación del discurso de derechos de las víctimas; y 3) el ejercicio de litigio estratégico.

### 3.1. Apoyo de la comunidad internacional

Las redes de activistas de derechos humanos, tal como lo han mostrado Margaret Keck y Kathryn Sikink (1998), han contribuido significativamente en la transformación de la política internacional y en la lucha por la promoción de políticas públicas y regulaciones en materia de protección de derechos humanos. La acción de estas redes transnacionales, tiene unos efectos transformadores, conocidos como efecto “bumerang” y de “cascada”, consistentes que cuando los Estados no tienen en cuenta las voces de la sociedad civil, las ONGs nacionales acuden ante organizaciones transnacionales, para que estas a su vez, incidan sobre otros Estados y organismos intergubernamentales. Esta movilización termina ejerciendo entonces presión sobre los Estados nacionales con el fin de producir cambios políticos, adopción de normas y políticas públicas en materia de protección de derechos. En el caso colombiano, la acción de las redes de derechos humanos no es una novedad, pues éstas vienen trabajando activamente desde hace varias décadas. Sin embargo, durante la última década, la movilización de las redes de derechos humanos se ha hecho más intensa, como consecuencia de las políticas desarrolladas por el gobierno de Alvaro Uribe Vélez. Las acciones promovidas por las redes de derechos humanos con respecto al caso colombiano han buscado, en primer lugar, denunciar ante la comunidad internacional las políticas promovidas por el gobierno colombiano, y en segundo lugar, llamar la atención a los países donantes sobre los riesgos que implica apoyar de seguridad y de impunidad promovidos por el gobierno.

Durante la década pasada, la comunidad internacional jugó un papel muy significativo dentro del proceso Londres-Cartagena-Bogotá.<sup>13</sup> Desde la celebración de la conferencia de Londres en 2002, los países donantes han manifestado su preocupación sobre el conflicto político y la situación de derechos humanos en

---

13 El proceso Londres-Cartagena-Bogotá, se inició con la conferencia de Londres de 2002, en la que países donantes y representantes del gobierno colombiano se reunieron para discutir posibles programas de cooperación para apoyar programas de interés del gobierno. A la conferencia asistieron representantes de la sociedad civil, quienes manifestaron a la comunidad internacional la preocupación por el posible apoyo a programas de seguridad y de reinserción, sin tomar en cuenta la situación de derechos humanos en el país. Entrevistas con miembros de diferentes ONGs de derechos humanos, Bogotá, Agosto de 2009-Abril 2010.

Colombia.<sup>14</sup> Posteriormente, en la cumbre de Cartagena celebrada en Febrero de 2005, los miembros de la comunidad internacional y representada por el grupo de los 24, o G-24, solicitaron al gobierno colombiano que respondiera a las preocupaciones formuladas por Michael Fruhling, representante de la Oficina de la Alta Comisionada de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sobre el proyecto de “Alternatividad Penal”. La participación de la comunidad internacional habría entonces de jugar un rol crucial, y a la vez, ser un punto de inflexión en el rumbo que tomó el proyecto de ley de “Justicia y Paz”, en la medida que el gobierno tuvo que incorporar, así fuera formalmente, los derechos de las víctimas en el proyecto de ley (Fundación Social: 2006, 142-143). En la siguiente cumbre, que tuvo lugar en Bogotá en noviembre de 2007, también se presentó un debate entre el gobierno colombiano y las ONGs de derechos humanos.<sup>15</sup> Mientras que el gobierno solicitaba a la comunidad internacional que reconociera el mejoramiento de la situación de derechos humanos, las organizaciones de la sociedad civil, nacionales y transnacionales, controvertían la posición del gobierno y denunciaban la asimetría de las víctimas comparadas con los privilegios otorgados a los desmovilizados. En medio de este contexto político, los miembros del G-24 han jugado un rol de mediador activo entre dos sectores, tratando de reconocer algunos de los objetivos del gobierno, y al mismo tiempo, intentando crear mayor compromiso institucional sobre los derechos de las víctimas.<sup>16</sup>

Adicionalmente a los espacios de debate público sobre los derechos de las víctimas, la comunidad internacional y las organizaciones de derechos humanos han buscado incrementar la capacidad institucional de las agencias estatales que están a cargo de poner en marcha los derechos a la verdad, la justicia y la reparación. En esta perspectiva, algunos miembros de la comunidad internacional decidieron coordinar esfuerzos para fortalecer las capacidades institucionales y económicas de algunos programas relacionados con los programas de protección de los derechos de las víctimas. Este instrumento permitiría a los donantes, esto es, los países que destinan recursos de cooperación internacional a Colombia, para desarrollar programas con base en información más comprensiva y evitar reproducir esfuerzos realizados por otras agencias. Desde 2005, diferentes agencias de cooperación vinculadas a los miembros del G-24, con el apoyo de PNUD, han contribuido con un fondo multidonante para el fortalecimiento institucional de varias entidades

---

14 Ver, Declaración de Londres, Londres, 2003,

<http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/internacional/DeclaraciondeLondres.pdf>

15 Entrevista con integrantes del equipo de PNUD Colombia, Bogotá, Febrero 2 de 2010.

16 Ibid.

que tienen a cargo la protección de los derechos de las víctimas. Dentro de estos programas de cooperación se han apoyado programas específicos relacionados con la defensoría del pueblo, la fiscalía general de la nación, y el apoyo de acciones de organizaciones no gubernamentales.<sup>17</sup>

### 3.2. Los activistas de derechos humanos como intermediarios

Adicionalmente al rol de la comunidad internacional y de los esfuerzos de las agencias de cooperación internacional, las organizaciones transnacionales y nacionales de derechos humanos han cumplido un importante rol como intermediarias y promotoras de transformaciones políticas en el escenario nacional (Goodale&Merry: 2007; Merry: 2006, 38-51). Con ocasión de los debates sobre el proyecto de “Alternatividad Penal” y la reacción social y política que produjo el intento de diseñar un marco jurídico que desconocía la situación de las víctimas de violaciones de derechos humanos, se produjo un intenso debate público que tomó fuerza entre 2004 y 2005. Inicialmente, el rechazo de las organizaciones transnacionales y nacionales de derechos humanos al proyecto del gobierno, y luego la necesidad de promover una discusión informada sobre los estándares internacionales en materia de verdad, justicia y reparación, hizo que múltiples actores promovieran foros académicos con expertos internacionales y publicaciones sobre los temas de verdad justicia y reparación, así como justicia transicional.<sup>18</sup> Las diferentes organizaciones de derechos humanos, así como sectores académicos, se convirtieron en intermediarios en medio de un proceso que funcionaban en múltiples vías. En primer lugar, las organizaciones de derechos humanos realizaron actividades de denuncia sobre la situación colombiana ante la comunidad nacional e internacional mediante mecanismos de acción urgente y reportes de derechos humanos. En segundo lugar, promovieron la incorporación en la esfera pública nacional del lenguaje de justicia transicional, incluyendo aspectos como los límites éticos y jurídicos en el contexto de negociaciones políticas y el respeto por los estándares internacionales de derechos humanos.

La incorporación del discurso internacional de derechos humanos, bajo los términos de “verdad, justicia y reparación”, se constituyó en un discurso muy poderoso que gozaba de legitimidad política, y sobre todo, de mucho respaldo internacional, frente al cual el gobierno colombiano no podía hacer caso omiso. Varias ONGs de derechos humanos, especialmente organizaciones que hacían trabajo jurídico, iniciaron

---

17 Ibid.

18 Entrevistas con miembros de la Alianza de Organizaciones Sociales, Bogotá, octubre 2009-abril de 2010.

entonces un trabajo de información conceptual orientado, no sólo a incidir en los tomadores de decisiones en el congreso y en el gobierno, sino también a promover capacitaciones y publicaciones cuyos destinatarios eran los operadores jurídicos, especialmente los fiscales, los jueces y los abogados de la defensoría del pueblo.<sup>19</sup> Así por ejemplo, siguiendo las experiencias de los tribunales internacionales, varias organizaciones de derechos humanos han promovido entrenamiento en materia de derecho internacional de los derechos humanos y derecho internacional humanitario con el fin de generar mayor conocimiento sobre los estándares internacionales en materia de derechos de las víctimas. Igualmente han promovido capacitaciones y actividades académicas relacionadas con crímenes de sistema con el propósito de transformar las prácticas de investigación de la Fiscalía consistentes en investigación de casos individuales. En tal sentido se ha buscado que la Fiscalía transforme sus metodologías de investigación concentradas en hechos punibles específicos, para incorporar una lógica que dé cuenta de patrones comunes en el caso de crímenes masivos.<sup>20</sup>

### 3.3. Litigio Estratégico

Una tercera forma de acción, se ubica dentro de un repertorio que ofrece el derecho y que podría definirse como un ejercicio de resistencia desde el derecho. Si bien el litigio estratégico tiene varias expresiones, entre las cuales se encontrarían la activación de mecanismos jurídicos nacionales e internacionales para la defensa de los derechos de las víctimas, en este apartado me concentraré en una forma de litigio estratégico que se basó en la representación de casos emblemáticos. El desarrollo de este tipo de acción no fue propiamente el resultado de un consenso, puesto que una vez que la “ley de justicia y paz” fue expedida, las ONGs de derechos humanos afrontaron un serio debate sobre la representación de las víctimas ante los jueces de “justicia y paz”. Las organizaciones más críticas consideraban que representar a las víctimas en dicho escenario significaba jugar el juego de impunidad propuesto por el gobierno.<sup>21</sup> De acuerdo con estas organizaciones, era necesario procurar que los paramilitares desmovilizados respondieran por sus crímenes en el escenario de la justicia ordinaria. Sin embargo, para otras ONGs con amplia experiencia en representación jurídica, el nuevo marco normativo de la “ley de justicia y paz” exigía, en consecuencia, participar en tales procesos con el fin de acceder a la in-

---

19 Entrevista con miembro de ICTJ, Bogotá, Febrero 23 2010.

20 Ibid.

21 Entrevista con activistas de derechos humanos, Bogotá Septiembre de 2009-Febrero de 2010.

formación expuesta en las confesiones y evaluar las posibilidades de luchar contra la impunidad desde tal escenario.<sup>22</sup>

Los litigantes de derechos humanos reconocen que las ONGs no tienen la capacidad de representar a todas las víctimas, sin embargo, para ellos, el principal objetivo, más que representar un elevado número de víctimas, consiste en transformar el proceso judicial, esclarecer la verdad y evitar que haya impunidad. De acuerdo con varios litigantes en derechos humanos, por medio de la representación de una sola víctima, ha sido posible conocer la formación de los grupos paramilitares en una regiones específicas, sus modos de proceder, así como sus relaciones con grupos políticos y económicos.<sup>23</sup> Los litigantes también han intentado transformar las relaciones asimétricas de poder dentro del proceso judicial ejerciendo rol más activo en las audiencias, lo cual implica la solicitud de práctica de pruebas, la formulación preguntas a los desmovilizados y la presentación de recursos frente a las decisiones de los fiscales cuando los derechos de las víctimas han sido desconocidos. Por esta vía, los litigantes en derechos humanos han incorporado el discurso del derecho internacional de los derechos humanos con el fin de promover transformaciones en las decisiones de los funcionarios judiciales. Este tipo de acción ha sido bastante efectiva en la medida que ha hecho posible activar una serie de pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que se han caracterizado, en términos generales y a pesar de las contradicciones de la misma sala penal de la Corte, por tomar en serio los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

## Conclusiones

En este texto se ha intentado responder a dos interrogantes: el primer interrogante se relaciona con la incidencia del entorno político, jurídico e institucional en los procesos de “justicia y paz”, y el segundo interrogante, se relaciona con las expresiones de resistencia promovidas por las redes de derechos humanos. Una primera respuesta que emerge en el texto sugiere que el análisis de los procesos judiciales de “justicia y paz” no puede restringirse a la perspectiva interna del proceso judicial, sino que hace necesario tener en cuenta las condiciones políticas, jurídicas e institucionales en las que se han desarrollado tales procesos. A lo largo del texto se mostró que en medio de un discurso hegemónico en materia de seguridad, unos actores políticos con enorme capital económico y político, tales

---

22 Entrevista con diferentes miembros de la Comisión Colombiana de Juristas (CCJ) y de CAJAR, Bogotá, Septiembre 2009-Febrero 2010.

23 Entrevista con un litigante en derechos humanos, Medellín, Septiembre de 2010.

como los desmovilizados paramilitares, políticos, y el gobierno mismo, han aprovechado y reproducido las asimetrías y desbalances de poder entre los paramilitares desmovilizados y las víctimas de graves violaciones de derechos humanos. Estas asimetrías, además de mantenerse en el escenario político como consecuencia de la continuidad del conflicto, se reproducen en los diseños normativos así como en los arreglos institucionales que sirvieron como base para los procesos judiciales de “justicia y paz”. Esto se constata al observar el alcance restrictivo de los derechos de las víctimas en las regulaciones expedidas durante el gobierno de Álvaro Uribe, y las dificultades que han tenido instituciones como la Fiscalía General de la Nación y la Defensoría del Pueblo en el desarrollo de sus funciones dentro de los procesos de “justicia y paz”.

Con respecto al segundo interrogante, el artículo igualmente muestra que con el fin de resistir, al menos, algunos aspectos de la construcción política de la impunidad, las redes de derechos humanos han desplegado diferentes mecanismos de movilización política y jurídica. En primer lugar, se ha promovido la intensificación de redes con organizaciones transnacionales, así como con otros Estados, con el fin de generar apoyo a las actividades de defensa de los derechos humanos, y más concretamente, a los derechos de las víctimas. En segundo lugar, las redes de derechos humanos también han jugado un rol consistente en incorporar un discurso de los derechos de las víctimas y del derecho internacional de los derechos humanos en el escenario político y jurídico colombiano. Además, las redes de derechos humanos han promovido acciones de litigio estratégico que han permitido, representar a las víctimas en casos emblemáticos. Los litigantes en derechos humanos han desafiado las relaciones de poder asimétricas que los miembros de los grupos paramilitares intentaron reproducir dentro del espacio judicial. Se ha tratado de un proceso de resistencia a la legalización de la política mediante la judicialización de la política en el cual los litigantes han confiado en el capital cultural y simbólico del discurso jurídico, en este caso, el discurso del derecho internacional de los derechos humanos. Estas acciones se han constituido entonces en expresiones de “justicia transicional y derechos humanos desde abajo”, en la medida que han permitido, entre otras, dar herramientas a las víctimas para reclamar sus derechos dentro de los procesos judiciales. Finalmente, en medio de un proceso tan complejo, quedan pendientes muchos aspectos que sobrepasaban las posibilidades de este artículo, tales como el espacio interno de los procesos de “justicia y paz” como escenarios de disputa, el rol de las altas cortes en la protección de los derechos de las víctimas, las perspectivas de los funcionarios judiciales, o las experiencias de las víctimas en todo este proceso, pero que se constituyen en elementos para la construcción de una agenda necesaria para futuras investigaciones y debates académicos sobre el caso colombiano.

### Bibliografía

- BOURDIEU, Pierre and WACQUANT, Loic. *An Invitation to Reflexive Sociology*. Chicago: University of Chicago Press, 1992.
- BOURDIEU, Pierre. *La Fuerza del Derecho: hacia una sociología del campo jurídico*. Bogotá: Universidad de los Andes – Siglo del Hombre Editores, 2001.
- CAPPELLETTI, Mauro y GARTH, Bryant. *El Acceso a la Justicia. La tendencia en el movimiento mundial para hacer efectivos los derechos*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Colombia: El espejismo de la justicia y la paz, Balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*. Bogotá: CCJ, 2007.
- COMISIÓN COLOMBIANA DE JURISTAS. *Colombia: La metáfora del desmantelamiento de los grupos paramilitares. Segundo informe de balance sobre la aplicación de la ley 975 de 2005*. Bogotá: CCJ, 2010.
- CORPORACIÓN NUEVO ARCO IRIS. *Parapolítica, la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá: Intermedio Editores, 2007.
- DÍAZ, Catalina. *Challenging Impunity from Below: The Contested Ownership of Transitional Justice in Colombia*. En: *Transitional Justice from Below, Grassroots Activism and the Struggles for Change*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2008.
- ELSTER, Jon. *Closing the Books. Transitional Justice in Historical Perspective*. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- Fundación Social. *Trámite de la ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Fundación Social, 2006.
- GALANTER, Marc. *Por qué los ‘poseedores’ salen adelante: especulaciones sobre los límites del cambio jurídico*. En: GARCÍA, Mauricio (ed), *Sociología Jurídica, Teoría y sociología del derecho en Estados Unidos*. Bogotá. Universidad Nacional de Colombia, 2001.
- GOODALE, Mark y MERRY, Sally Engle (eds). *The Practice of Human Rights, Tracking Law Between the Global and the Local*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- KAIRYS, David (ed), *The Politics of Law, A progressive critique*. New York: Basic Books, 1998.
- KECK, Margaret y SIKKINK, Kathryn. *Activists Beyond Borders: Transnational Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca: Cornell University Press, 1998.
- LAPLANTE, Lisa y THEIDON, Kimberly. *Transitional Justice in Times of Conflict: Colombia’s Ley de Justicia y Paz*. En: *Michigan Journal of International Law*. Ann Arbor. Vol.28, No 49. 2006-2007. Pp. 49-108.
- LÓPEZ, Claudia (ed). *Y refundaron la patria... De cómo mafiosos y políticos reconfiguraron el Estado colombiano*. Bogotá: Corporación Nuevo Arco Iris, Congreso Visible, Dejusticia, Grupo Método, MOE, 2010.

- LUNDY, Patricia y McGOVERN, Kirsten. *The Role of Community in Participatory Transitional Justice*. En: McEVOY, Kieran y McGREGOR, Lorna. *Transitional Justice from Below, Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2008.
- McEVOY, Kieran y McGREGOR, Lorna. *Transitional Justice from Below, Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2008.
- McGREGOR, Lorna. *International Law as a 'Tiered Process': Transitional Justice at the Local, National and International Level*". En: McEVOY, Kieran y McGREGOR, Lorna. *Transitional Justice from Below, Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2008.
- MÉNDEZ, Juan; O'DONELL, Guillermo y PINHEIRO, Paulo Sergio (compiladores). *La (in)eficacia de la ley y la exclusión en América Latina*. Buenos Aires-Barcelona-México: Paidós, 2002.
- MERRY, Sally Engle. *Transnational Human Rights and Local Activism: Mapping in the Middle*. *American Anthropologist*. Vol. 108. No 1. 2006. Pp. 38-51.
- MINOW, Martha. *Between Vengeance and Forgiveness, Facing History after Genocide and Mass Violence*. Boston: Beacon Press, 1998.
- MINOW, Marta. *Breaking the Cycles of Hatred. Memory, Law and Repair*. Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2002.
- Movimiento Víctimas de Crímenes de Estado MOVICE, Comité de Solidaridad con Presos Políticos CSPP y Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo CAJAR. *Sin Justicia y sin Paz, Verdad fragmentada, reparación ausente, Balance de la Aplicación de la "ley de Justicia y Paz"*. MOVICE, CSPP y CAJAR, Bogotá, 2009.
- NOGUERA, Gustavo. *Líderes desplazados asesinados por reclamar tierra y exigir los derechos de población desplazada*. en Caja de Herramientas Semanario Virtual. <http://viva.org.co/cajavirtual/svc0251/articulo05.html>. Consulta del 11 de noviembre de 2011.
- OBSERVATORIO INTERNACIONAL DDR JUSTICIA Y PAZ. *Tercer Informe*. Bogotá: Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación, Agencia Española de Cooperación Internacional y de Cooperación, Centro Internacional de Toledo para la Paz CITpax, 2010.
- OROZCO ABAD, Ivan. *Sobre los límites de la conciencia humanitaria. Dilemas de la paz y la justicia en América Latina*. Bogotá: Temis-Universidad de Los Andes, 2005.
- PECAUT, Daniel. *Crónicas de cuatro décadas de política colombiana*. Bogotá: Editorial Norma, 2006.
- PIZARRO, Eduardo. *Reparar el bote en alta mar*. En: *Ley de Justicia y Paz*. Bogotá: Grupo Editorial Norma y Semana, 2009.
- RAJAGOPAL, Balakrishnan. *Limits of law in counter-hegemonic globalization: the Indian Supreme Court and the Narmada Valley Struggle*. En: SANTOS, Boaventura y

- RODRÍGUEZ-GARAVITO, César (eds). *Law and Globalization from Below: Towards a Cosmopolitan Legality*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.
- RESTREPO, Luis Carlos. *Justicia y Paz. De la negociación a la gracia*. Medellín: ITM, 2005.
- ROMERO, Mauricio. *Paramilitares y autodefensas 1982-2003*. Bogotá: IEPRI, Universidad Nacional de Colombia, 2003.
- SMITH, Dorothy. *Institutional Ethnography. A Sociology for People*. Lanham, New York, Toronto, Oxford: Altamira Press, 2005.
- TATE, Winifred. *Counting the Dead, The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia*. Berkeley-Los Angeles-London: University of California Press, 2007.
- TEITEL, Ruti. *Transnational Justice*. Oxford: Oxford University Press, 2000.
- VALENCIA, León. *Los Caminos de la Alianza entre los paramilitares y los partidos políticos*. En: *Parapolítica, La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá: Intermedio editores y Corporación Nuevo Arco Iris, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. *Sociología Jurídica Crítica, Para un nuevo sentido común en el derecho*. Bogotá: ILSA, 2009.
- UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, Maria Paula. *Justicia Transicional sin Transición*. Bogotá: Dejusticia, 2006.
- UPRIMNY, Rodrigo y SAFFON, Maria Paula. *Usos y Abusos de la Justicia Transicional*. En: Rangel, Alfredo (ed.) *Justicia y Paz ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Intermedio, 2009.



Autor: Joaquin Mario Murillo

Título: Transiciones 3

Técnica: óleo a espátula

Dimensión: 76 x 90 cm

Año: 2010

***LA NATURALEZA JURÍDICA  
DE LA DIGNIDAD HUMANA:  
UN ANÁLISIS COMPARADO  
DE LA JURISPRUDENCIA  
DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL  
ESPAÑOL Y EL TRIBUNAL  
CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN***

---

\* El presente artículo corresponde a la *Tesis de Grado* de la autora y pretende un análisis de los principales fundamentos que han llevado a los Altos Tribunales Constitucionales de Alemania y España a adoptar una postura respecto de la naturaleza de la dignidad humana, para luego realizar un estudio comparado con el constitucionalismo peruano y desmitificar la real naturaleza jurídica de la dignidad en dicho ordenamiento.

Fecha de Recepción:

Fecha de publicación:

## LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIGNIDAD HUMANA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

*Daniela Damaris Viteri Custodio\**

### RESUMEN

El sentido de respeto hacia la persona humana y su dignidad ha adquirido especial relevancia en los últimos años, más concretamente, desde el desarrollo del Constitucionalismo Post Guerra, a partir del cual se empezó a gestar la historia del reconocimiento y protección de los derechos fundamentales y la dignidad humana. Hoy en día, las Constituciones contemporáneas no sólo garantizan el respeto de la dignidad, sino que, además, la convierten en la base de sus ordenamientos jurídicos, siendo su defensa y protección fines esenciales de los Estados.

No obstante la innegable importancia de la dignidad, su delimitación y alcances jurídicos se han convertido en un problema constante que ha generado múltiples discusiones doctrinarias. Precisamente, uno de los grandes debates jurídicos gira en torno a su consideración como derecho fundamental o como principio constitucional. El Derecho Comparado nos muestra las diversas posiciones adoptadas al respecto. Así, mientras en España se niega a la dignidad humana la naturaleza de derecho fundamental; en Alemania sucede lo contrario, siendo que el Tribunal Constitucional Federal ha construido una doctrina constante que atribuye a la dignidad humana la naturaleza de un verdadero derecho fundamental.

**Palabras clave:** dignidad humana, principios constitucionales, derechos fundamentales.

### THE LEGAL NATURE OF THE HUMAN DIGNITY: A COMPARED ANALYSIS OF THE JURISPRUDENCE OF THE SPANIARD CONSTITUTIONAL COURT AND THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT.

#### ABSTRACT.

The meaning of respect for the human person and that dignity has acquired special relevance on the last years, more concretely, since the development of the post war constitutionalism, from which began to take shape history of the admission and protection and respect of the civil rights and human dignity. Today, the contemporary constitutions don't only guarantees the respect of the dignity, but also, constitute the base of the Estates legal system.

However, the undeniable importance of the dignity, its limitation and the juridical scope has been converted in a constant problem that has generated multiples doctrinaire discussions. Precisely, one of the biggest juridical problems revolves around of the consideration how of fundamental right or like a Constitutional Principe. The comparative law shows different positions in this respect. This way, meanwhile in Spain denies the nature of civil right to the human dignity; opposites happens in Germany, the Federal Constitutional Tribunal has been built a constant doctrine it attaches to the human dignity the true nature of a civil right. In the present paper, that corresponds to the thesis of grade of the author, pretends a analysis of the principal fundaments that has been given to the that tribunals to adopt this postures, then makes a comparative study with the Peruvian constitutionalism to demystify the true nature in this legal system.

**Key Words:** Human dignity, civil rights, constitutional principles.

---

\* Abogada especialista de la Dirección General de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. Correo electrónico [danielavitericustodio@yahoo.es](mailto:danielavitericustodio@yahoo.es)

# LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA DIGNIDAD HUMANA: UN ANÁLISIS COMPARADO DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL FEDERAL ALEMÁN

## 1. Antecedentes históricos - filosóficos de la dignidad humana

La dignidad es un concepto que actualmente es objeto de discusiones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales. Ello, en gran medida, se debe a que sus orígenes más remotos no corresponden al ámbito jurídico. En efecto, los primeros vestigios que aluden a la dignidad se encuentran en la filosofía. En tal sentido, resulta importante hacer referencia a las consideraciones trazadas en dicho ámbito, ya que ello permitirá abordar posteriormente, y de forma integral, su naturaleza jurídica.

En la Historia del *Pensamiento Antiguo y Medieval* (Peces-Barba Martínez, 2003) se hace referencia al concepto de dignidad relacionándola con la idea del hombre como un ser grande, perfecto y distinto a los restantes animales. Estas ideas primigenias son coincidentes tanto en las culturas occidentales como en las orientales. Así, en Oriente, Lao-Tse, Confucio, entre otros, realizan las primeras referencias a la dignidad. Por ejemplo, en el Tao-te-king se establece: “*Así el Tao es grande, el cielo grande, la tierra grande. Y también el hombre es grande. Cuatro grandes hay en el espacio. Y también el hombre es grande*”. Por su parte, Confucio elaboró algunos textos, donde expone las mismas ideas: “*...La Ley de la Gran Doctrina consiste en desenvolver e ilustrar el luminoso principio de la razón que hemos recibido del cielo, en regenerar a los hombres y en situar un destino definitivo en la perfección, o sea, en el bien supremo*”.

No obstante las consideraciones vertidas en Oriente, el pensamiento antiguo occidental presentará ideas un tanto más desarrolladas, en la medida que se hace referencia a otros elementos configurativos de la naturaleza del hombre, elementos que constituyen también rasgos de su dignidad, entre ellos: la comunicación y el lenguaje; así como la creatividad y la libertad de elección. Del mismo modo, en la antigua Roma y Grecia, en los poemas de Tirteo y Píndaro (2003) se consolidará otra tesitura, basada en que la dignidad humana se encontraba ineludiblemente vinculada a la jerarquía, a un título o a una función que expresa “majestad”. Vemos

pues, una idea de dignidad no autónoma que se basa en elementos externos para su configuración.

En la *Edad Media*, el cristianismo abordará a la dignidad, relacionándola con la imagen de Dios proyectada sobre los hombres, de modo que en esta época tampoco se tendrá una dignidad autónoma, sino una derivada de Dios.

Ambas corrientes, aquélla que indica que la idea de dignidad deriva de Dios, así como la que señala que la dignidad deriva de un rango o jerarquía; serán descartadas en el *Renacimiento*. Entre las principales obras de esta época se encuentran las aportaciones de Pico de la Mirándola, Lorenzo Valla, Angelo Poliziano, Pietro Pomponazzi y Giordano Bruno (2003). Todos estos autores apuntarán alguno de los rasgos que sistemáticamente identifican a la dignidad humana. De este modo, se construye la idea de una dignidad basada en rasgos que se extraen de la propia condición del ser humano y que, por tanto, descarta la idea de una dignidad derivada, dependiente, dando paso a una dignidad autónoma que surgirá y dependerá de la propia condición humana. Entre los rasgos de la dignidad a los que se hacen referencia en esta época, se tienen: la libertad de elección, la capacidad de razonar y de construir conceptos generales, la capacidad de dialogar, de comunicarse (lenguaje), y la memoria.

No obstante el avance logrado en el siglo XVI, donde se engrandece al ser humano y se resaltan sus rasgos de hombre digno y libre, y con ello una dignidad autónoma, derivada del ser humano por su propia condición; en el siglo XVII se evidencia una suerte de falta de optimismo en medio de un escenario donde se denuncia la perversión del hombre y su egoísmo (Osuna Fernández-Largo, 2001). A pesar de ello, el *iusnaturalismo racionalista* impulsará el desarrollo del concepto de la dignidad humana, señalando a ésta como el núcleo fundamental del sistema de ética pública, política y jurídica. Pufendorf (2003) por ejemplo, señalaría que la dignidad cumple una doble función: como razón de la ética pública y como objeto de la misma, como efectiva realización de sus dimensiones. En dicho razonamiento, la ética pública se justifica porque el hombre es digno y tiene como objetivo desarrollar esa dignidad. Asimismo, otros autores destacarán otras dimensiones de la dignidad, basadas en la capacidad del ser humano para construir conceptos generales y de razonar, y en la capacidad de elección o libertad.

No obstante las importantes aportaciones referentes a la dignidad humana a lo largo de la historia del pensamiento, sin duda, es el Siglo XVII, con la ética kantiana, la que contiene una expresión más clara de la idea de la dignidad como categoría ética, vinculada a la dimensión moral del hombre. A ella se deben también los primeros intentos de fundamentar los derechos humanos en la idea de dignidad. Kant consideró la autonomía personal como el principal rasgo humano y, en tal contexto, habla

de la “dignidad de un ser racional que no obedece otra ley que aquélla que se da a sí mismo”. Kant se referirá al hombre como un ser razonable que forma parte del mundo inteligible, y que por esta razón, vinculada a la idea de libertad, aparece la de autonomía, que supone la libre decisión sobre su vida. Así, la dignidad es valor incondicional, no sujeto a transacción, ni tampoco utilizado como medio (2003). La dignidad basada en autonomía está, para Kant, en el origen de la moralidad, puesto que las máximas de la moral son la consecuencia de la acción de la autonomía. La autonomía es pues, el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional, porque la naturaleza racional existe como fin en sí mismo. En tal sentido, la dignidad se instituye en un valor intrínseco, incondicionado e incomparable. Al no poderse definir la dignidad desde “afuera”, su centro será la autonomía, mediante la cual el hombre tiene la libertad de hacer uso de su propia razón y determinar el sentido de sus actos responsablemente (Kant, 1994)

De lo expuesto *ut supra*, se entiende que la dignidad humana se sitúa como una reflexión plena a partir del tránsito a la Modernidad, donde se plantea la idea del hombre centro del mundo y centrado en el mundo. De tal modo, el concepto de dignidad humana, aunque con antecedentes en otras antiguas culturas, es un concepto propio del mundo moderno que adquiere especial resonancia en el ámbito jurídico a partir de los planteamientos de Kant, donde se deja entrever que la dignidad se encuentra referida, principalmente, a la interdicción de instrumentalización o cosificación del ser humano, y, asimismo, a la autonomía, la misma que se antepone a cualquier otro bien fundamental.

## **2. El reconocimiento jurídico de la dignidad humana en los ordenamientos jurídicos contemporáneos**

### **2.1 Precedentes internacionales de la dignidad**

La expresión de la dignidad en los textos jurídicos aparece inicialmente en el plano internacional, como respuesta a las consecuencias de la Segunda Guerra Mundial, las mismas que constituyeron el impulso hacia la positivización de la dignidad humana. Así, los Estados manifestarían su voluntad soberana en instrumentos internacionales, con el firme propósito de que las atrocidades cometidas por el régimen nazista y fascista no volviesen a cometerse.

De este modo, las referencias a la “dignidad de la persona humana” y a los “derechos fundamentales del hombre” aparecen claramente expresadas en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, como tratado constitutivo de dicha Organización. Lo

propio sucede con otros instrumentos jurídicos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966; así como, en un ámbito más regional, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969. De todos estos instrumentos jurídicos internacionales, es la Declaración Universal la que constituyó, sin duda, un avance sin precedentes en este largo camino hacia la civilización de la dignidad humana y un importante hito al vasto proceso de internacionalización de los derechos humanos. A partir de ella, se han elaborado y aprobado en el contexto de Naciones Unidas una serie considerable de instrumentos dirigidos a desarrollar y dotar de eficacia las disposiciones contenidas en el texto de la mencionada Declaración, logrando la configuración de los derechos humanos como expresión y concreción sustancial de la idea de dignidad de la persona.

No obstante, ésta no ha sido la única consecuencia de la proclamación de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de la persona en los textos reseñados, pues también se ha producido lo que la doctrina señala como una “extraordinaria innovación en el Derecho Internacional”, consistente, fundamentalmente, en la consideración del ser humano y de su dignidad intrínseca no como un mero objeto del orden internacional; sino que, a diferencia del Derecho Internacional clásico o tradicional, que otorgaba el protagonismo exclusivo a los Estados, se afirma hoy, el reconocimiento del lugar supremo del interés humano en el orden de los valores, y, en consecuencia, la obligación de los Estados de hacer de dicho interés, concretado en las ideas de dignidad y derechos fundamentales de la persona, universales e indivisibles, uno de los principios constitucionales del nuevo orden internacional. Se ha producido así, un cambio de paradigma en el Derecho Internacional contemporáneo: el hombre, la persona humana ha comenzado a aparecer como sujeto de Derecho Internacional (Rodríguez Carrión, 1999).

Se puede hablar entonces de un “proceso de humanización de la sociedad internacional”, caracterizado por el establecimiento de nuevos sujetos que difieren de la estructura estatal, donde la persona humana registra unos niveles de subjetividad progresiva que la llevan a influir en el diseño de instituciones internacionales. La afirmación de que todo ser humano es titular de derechos propios oponibles directamente a todos los Estados constituye, sin lugar a dudas, una revolución jurídica consistente en que, a diferencia del Derecho Internacional clásico, la persona no puede ser considerada como un mero objeto (Carrillo Salcedo, 1999.) En definitiva, la trascendencia de este reconocimiento pone de relieve una concepción común de la dignidad, propia del mundo contemporáneo y fruto de un consenso entre diferentes concepciones

del orden jurídico-político, correspondientes a los distintos países que integran los organismos internacionales, universales o regionales.

## 2.2 Reconocimiento constitucional de la dignidad humana

A partir de su reconocimiento en el ámbito jurídico internacional, la dignidad humana se consagra como un valor central en la axiología del constitucionalismo contemporáneo. Las Constituciones posteriores a la II Guerra Mundial pasaron a convertirse de meros documentos donde se regulaba la estructura y el funcionamiento de los poderes públicos (Constitución en sentido formal), a instrumentos jurídicos que se abrirían a los principios y valores, potenciando, de tal suerte, su elemento axiológico, o material. Uno de los rasgos más significativos del constitucionalismo después de la Segunda Guerra Mundial consistió en la fijación, mediante normas constitucionales, de principios de justicia material destinados a informar todo el ordenamiento jurídico, lo cual implicó un cambio importante en la transformación del Estado constitucional respecto a las anteriores concepciones del Estado de derecho (Estado legal, formal) (Marín Castán, 2006.)

Como muestras significativas de la afirmación de la dignidad en el constitucionalismo europeo de la posguerra, se encuentran las Constituciones de Irlanda (1937), Italia (1947), Alemania (1949), Portugal (1976) y España (1978). Asimismo, en constitucionalismo latinoamericano, marcarían la pauta las Constituciones de Perú (1979), Chile (1980), Brasil (1988) y Colombia (1991); las que se erigen como las pioneras en su reconocimiento constitucional.

Así las cosas, a lo largo de la historia, la juridificación de la dignidad humana no ha seguido un proceso progresivo de positivización claro ni ha sido real y efectivamente considerada como cualidad inherente a todos los seres humanos, hasta bien entrado el siglo XX, tras la concienciación mundial sobre los derechos de las personas a raíz del conflicto de la Segunda Guerra Mundial y sus terribles consecuencias. Y siendo precisamente el siglo XX, la época en que las constituciones consagran a la dignidad dentro de su cuerpo normativo, es de notar que dicha positivización constitucional mantiene dos elementos homogéneos: por un lado, es recurrente la consagración de la dignidad en los primeros articulados de las Normas Fundamentales y que su reconocimiento abra, precisamente, el apartado de los derechos fundamentales; y por otro lado, todas las Constituciones reconocen a la dignidad humana como inherente a la persona, sin excepción. Dicha ubicación y reconocimiento no son gratuitos, pues uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la II Guerra Mundial es la elevación de la dignidad de la persona a categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, siendo este tratamiento de carácter generalizado aún en ámbitos socio-culturales dispares.

### 3. La dignidad humana como concepto jurídico

En una primera aproximación, se puede diferenciar dos sentidos de la dignidad: una determinada forma de comportamiento de la persona, presidida por su gravedad y decoro, según lo estipulado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua<sup>1</sup>, y otra determinada por una calidad que se predica de toda persona, con independencia de cuál sea su específica forma de comportamiento, pues ni tan siquiera una actuación indigna priva a la persona de su dignidad. Es a este segundo sentido al cual nos referiremos. González Pérez (1986) señala que la dignidad es el rango o la categoría que corresponde al hombre como ser dotado de inteligencia y libertad, distinto y superior a todo lo creado, que comporta un tratamiento concorde en todo momento con la naturaleza humana. Por su parte, Von Münch Revista Española de Derecho, (May-Agos 1982) “La Dignidad del Hombre en el Derecho constitucional”, en : Revista Española de Derecho Constitucional, Madrid.(5) p. 123, a la vista de la doctrina y de la jurisprudencia alemana entiende que la dignidad entraña la prohibición de hacer del hombre un objeto de la acción estatal. Finalmente, una de las definiciones más citadas es la del tratadista alemán Von Wintrich (1997), para quien la dignidad del hombre consiste “en que el hombre, como ente ético-espiritual, puede por su propia naturaleza, consciente y libremente, autodeterminarse, formarse y actuar sobre el mundo que le rodea”.

Como se ha advertido, uno de los rasgos sobresalientes del constitucionalismo de la segunda postguerra es la elevación de la dignidad de la persona a la categoría de núcleo axiológico constitucional, y por lo mismo, a valor jurídico supremo del conjunto ordinamental, y ello con carácter prácticamente generalizado y en ámbitos socio-culturales dispares. La mayor problemática que ha suscitado esta elevación, así como el origen no jurídico, sino más bien filosófico de la dignidad es, precisamente, la imposibilidad de dotar de una definición exacta a lo que habría de entenderse por “dignidad”. Las dificultades de una definición del concepto de dignidad se documentan en el extremo de que la doctrina y jurisprudencia jurídico-constitucional no ha llegado todavía a una definición satisfactoria, permaneciendo atrapados los intentos de definición en formulaciones de carácter general.

Sin embargo, es posible aproximarse a la dignidad, tomando en consideración la doctrina jurisprudencial de las Altas Cortes y Tribunales Constitucionales. Para efectos del presente trabajo, se hará especial referencia a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional español, alemán y peruano.

---

1 Real Academia Española. Diccionario de la lengua Española. Vigésima segunda Edición. Tomo I. Madrid: Espasa Calpe.

Bajo esta premisa, en primer término, resulta preciso señalar dos elementos característicos constantes del reconocimiento constitucional de la dignidad humana: *a)* Su consideración como cualidad inherente al ser humano, por su propia condición de tal<sup>2</sup>, y *b)* su consagración en los primeros articulados de las Constituciones, abriendo el apartado de los Derechos Fundamentales.

Por otro lado, el desarrollo jurisprudencial de la dignidad deja entrever que ésta cumple con una serie de funciones dentro de los ordenamientos jurídicos. Así, existe una suerte de consenso al momento de destacar tres roles de la dignidad: como fuente de los derechos fundamentales, como límite de los derechos fundamentales y, como legitimadora del ordenamiento jurídico.

### 3.1 La dignidad como fuente de los derechos fundamentales

La doctrina jurisprudencial indica que la dignidad es el presupuesto jurídico, el fundamento esencial de todos los derechos que, con la calidad de fundamentales, habilita el ordenamiento. En el caso peruano, el artículo 1° de la Constitución reconoce que *“la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*, y, complementando dicha línea de razonamiento, se encuentra el artículo 3°, que dispone que *“la enumeración de los derechos establecidos (...) no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga que se fundan en la dignidad del hombre (...)”*<sup>3</sup>. De hecho, esta función ha desplegado todos sus efectos jurídicos en la realidad fáctica, pues mediante la STC 2488-2002-HC/TC, el TC reconoció un nuevo derecho, el Derecho a la Verdad que, sin estar expresamente consignado en el texto de la Constitución Política, fluye de su artículo 3°, que, a su turno, reconoce una *“enumeración abierta”* de derechos fundamentales que surgen de la dignidad del hombre.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha señalado que la relevancia y la significación superior del valor de la dignidad y de los derechos que la encarnan se manifiesta en su colocación misma en el texto constitucional, ya que el artículo 10° de la Constitución española es situado a la cabeza del título destinado a tratar de los derechos y deberes fundamentales, lo que muestra que, dentro del sistema

---

2 Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 2273-2005-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2006. F.J 6; Tribunal Constitucional español. STC 53/1985. Sentencia de 11 de abril de 1985. F. 8, que establece: *“Puede deducirse que la dignidad es un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente en la autodeterminación consciente y responsable de la propia vida y que lleva consigo la pretensión de respeto por parte de los demás”*

3 Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 02273-2005-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2006. F.J 6, y Exp. N° 1417-2005-PA/TC. Sentencia de 08 de julio de 2005. F.J 3.

constitucional español, es considerada como el punto de arranque, como prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos<sup>4</sup>.

### 3.2 La dignidad como límite de los derechos fundamentales

La doctrina así como la jurisprudencia constitucional es unánime en establecer que los derechos fundamentales no tienen la calidad de absolutos, sin excepción alguna, bajo la premisa que los límites de los derechos fundamentales son aquellas restricciones a su ejercicio que resulten conformes con las coordenadas constitucionales. El Tribunal Constitucional español brinda ejemplos muy ilustrativos al respecto, concluyendo que no hay derechos ilimitados y menos aún pueden ejercerse los derechos abusivamente. Veamos: en una de sus primeras sentencias, el Alto Tribunal español<sup>5</sup> consideró que ni la libertad de pensamiento ni el derecho de reunión y manifestación comprenden la posibilidad de ejercer sobre terceros una violencia moral de alcance intimidatorio, porque ello es contrario a bienes constitucionalmente protegidos como la dignidad de la persona y su derecho a la integridad moral, que han de ser respetados no sólo los poderes públicos, sino también los ciudadanos. Asimismo, las libertades informativas se han visto delimitadas en su ejercicio abusivo por el valor jurídico supremo del ordenamiento, por la dignidad de la persona<sup>6</sup>:

De este modo, la dignidad ha venido operando como un límite frente al ejercicio abusivo de los derechos. Así se ha decantado en diferentes supuestos en la jurisprudencia constitucional peruana y española. Ello quiere decir que se podrán imponer medidas limitativas a los derechos fundamentales (siempre que dicha medida esté prevista por la ley, y que sea idónea, necesaria y proporcional en relación con un fin constitucionalmente legítimo); sin embargo, lo que no será factible es el irrespeto de las condiciones generales consagradas en la Constitución y el quebrantamiento del contenido esencial de los derechos fundamentales. Pero, ¿a qué la jurisprudencia con “contenido esencial”? Será aquel que tiene como principal sustento la dignidad del ser humano, la misma que se erige como un límite concreto y primordial frente a cualquier tipo de reforma constitucional<sup>7</sup>. En palabras del TC peruano, una reforma será inconstitucional, desde el punto de vista material, si el legislador

4 Tribunal Constitucional español. STC 337/1994. Sentencia de 23 de diciembre de 1994. F.J. 4, y STC 113/1996. Sentencia de 25 de junio de 1994. F.J. 6.

5 Tribunal Constitucional español. STC 2/1982. Sentencia de 29 de enero de 1982. F.J. 5.

6 Tribunal Constitucional español. STC 105/1990. Sentencia de 6 de junio. F.J. 8; STC 231/1988. Sentencia de 2 de diciembre de 1988. F.J. 8; y STC 214/1991. Sentencia de 11 de noviembre. F.J. 8.

7 Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC. Sentencia de 03 de junio de 2005. F.J. 38.

modifica el contenido esencial del derecho fundamental, siempre y cuando este hecho constituya un elemento vulnerador de la dignidad de la persona humana, y termine, por lo tanto, desvirtuando la eficacia de tal derecho<sup>8</sup>.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha indicado que la dignidad de la persona permite concretar el contenido esencial de los derechos fundamentales objeto de limitación. Al menos, de aquellos derechos que han sido expresamente referidos a ella<sup>9</sup>. No obstante, la dignidad de la persona se ha utilizado excepcionalmente como criterio para determinar el contenido esencial de los derechos fundamentales en situaciones con cierto grado de extremidad, cuando la persona es tratada como un objeto y no un sujeto de derecho. En tales situaciones, la doctrina ha sido clara al establecer que no hace falta una intención de humillación o desprecio para que exista atentado a la dignidad de la persona. Si objetivamente se menoscaba el respeto debido a la dignidad de la persona, es irrelevante la intención del agente.

### 3.3 La dignidad como legitimadora del ordenamiento jurídico

Esta función se explica en cuanto únicamente será legítimo aquel orden político que respete y tutele la dignidad de cada una de las personas humanas radicadas en su órbita, sus derechos inviolables y el libre desarrollo de su personalidad. Sobre este tema, el TC peruano no se ha playado mucho, sin embargo, ha sido categórico al señalar que “existe, pues, en la dignidad, un indiscutible rol de principio motor sin el cual el Estado adolecería de legitimidad, y los derechos de un adecuado soporte direccional, se erige como legitimadora y limitadora del poder público”<sup>10</sup>.

Por su parte, su homólogo español ha establecido que la legitimidad de una norma se verifica en función de su capacidad para garantizar, promover o defender la dignidad de la persona. Así, la dignidad de la persona, como principio general del Derecho, constituye una de las bases del Derecho, que fundamentan, sostienen e informan el Ordenamiento, nutren y vivifican la ordenación legal; legitiman el sistema y sus normas. Por tanto, la eficacia de la dignidad en tanto legitimadora del poder público, radica en que, al haberse positivizado y formar parte de la Constitu-

8 Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC. Sentencia de 03 de junio de 2005. F.J 39 y 46.

9 Tribunal Constitucional español. STC 120/1990. Sentencia de 27 de junio de 1990.

10 Tribunal Constitucional Peruano. Expediente N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC. Sentencia de 03 de junio de 2005. F.J 38; Expediente N° 2273-2005-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2006. F.J 6.

ción, determinará la nulidad de pleno derecho de cualquier disposición de inferior jerarquía, ley o reglamento que la contravenga<sup>11</sup>.

#### 4. La naturaleza jurídica de la dignidad humana en la Constitución española

La dignidad de la persona no opera en el ordenamiento español como un derecho fundamental. Así lo ha establecido, de forma categórica, gran parte de la doctrina, así como la jurisprudencia reiterada del Tribunal Constitucional español. La dignidad humana es reconocida por el artículo 10.1º de la Constitución Española, en el Título I denominado “De los Derechos y Deberes Fundamentales”, lo cual podría constituir un indicio de que todos y cada uno de los 19 artículos que integran el Título I constituyen verdaderos derechos fundamentales; sin embargo, ello no es así, ya que la doctrina (GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, 2002) ha dilucidado que; por una parte, el título en cuestión se encuentra dividido en cinco capítulos diferentes de cuyos articulados se desprende que no en todos ellos se enuncian derechos fundamentales. Al respecto, resulta en extremo interesante la tesis, según la cual, la ubicación de la dignidad humana en el texto constitucional significa que la intención del constituyente fue la considerarla como fuente de los derechos que le son inherentes, en vez de un derecho fundamental.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional español ha esgrimido otra teoría, a tenor de la cual niega a la dignidad la naturaleza de derecho fundamental. En efecto, el Ato Tribunal señala, en primer término, que la dignidad no puede ser considerada como un derecho fundamental, en la medida que, al no ubicarse dentro del Capítulo II de la Constitución española, no goza de la tutela preferente establecida por el artículo 53.2º<sup>12</sup> del mismo cuerpo normativo. Así, en la STC 136/1996, se reiteró la imposibilidad de justificar en el artículo 10º de la Constitución española un recurso de amparo, argumentándose que la dignidad es ajena a los derechos fundamentales susceptibles de protección a través de este proceso constitucional (los derechos reconocidos en los artículos 14 a 29 CE). Una afirmación rotunda sólo se puede encontrar en la ATC 149/1999, donde el Tribunal expresaría: “Debemos

---

11 Tribunal Constitucional español. STC 53/1985. Sentencia de 11 de abril de 1985; STC 113/1996. Sentencia de 25 de junio de 1996. F.J 3 y 6.

12 Congreso de Diputados de España. Constitución española. 1978. Artículo 53.2º: “Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14º y la Sección 1º del Capítulo II ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional”.

descartar la existencia de un pretendido derecho fundamental a la dignidad humana que opere de forma autónoma e independiente ex artículo 10º CE. Comenzando por esta última invocación, basta recordar que la dignidad de la persona no se reconoce en nuestra Constitución como un derecho fundamental sino como fundamento del orden político y la paz social”.

De este modo, la doctrina jurisprudencial del máximo intérprete de la Constitución española ha dejado sentado que la dignidad, con independencia de que pueda servir como criterio de interpretación de los derechos fundamentales y libertades públicas en general, no puede servir de base a una pretensión autónoma de amparo, por impedirlo los artículos 53.2º y 161.1.bº de la Constitución y el artículo 41.1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional<sup>13</sup>, rechazándose, con ello, que la dignidad *per se*, pueda ser considerada como un derecho fundamental<sup>14</sup>.

En suma, en el ordenamiento constitucional español, la dignidad y los derechos fundamentales no se hallan en un mismo plano; pues la dignidad se proclama como un principio constitucional, de donde emanan los demás derechos fundamentales (Hernández Gil, 1982), cumpliendo funciones como fundamentadora del orden político (Batista Jiménez, 2006) función promocional (al reflejar la obligación que tienen los poderes públicos del Estado de fomentar el orden político y la paz social, para lo cual tienen el deber constitucional de estimular (facilitar) el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los respectivos derechos subjetivos de los gobernados) (Ruiz-Giménez Cortés, 1997) y hermenéutica, al operar como criterio de interpretación del ordenamiento jurídico español (1997).

## 5. La naturaleza jurídica de la dignidad humana en la Ley Fundamental alemana

Al contrario de la jurisprudencia española, el Tribunal Constitucional Federal Alemán ha señalado, con una fórmula categórica, que la dignidad humana es el “derecho fundamental principal” (*Hauptgrundrecht*)<sup>15</sup>, siendo que el fundamento jurídico-positivo de su rango superior en la jerarquía de los derechos fundamentales

13 Tribunal Constitucional español. STC 53/2004. Sentencia de 15 de abril de 2004; STC 113/1996. Sentencia de 15 de junio de 1996; y STC 12/1994. Sentencia de 17 de enero de 1994.

14 Tribunal Constitucional español. STC 53/1985. Sentencia de 11 de abril de 1985; STC 57/1994. Sentencia de 28 de febrero de 1994; STC 120/1990. Sentencia de 27 de junio de 1990; STC 91/2000. Sentencia de 30 de marzo de 2000.

15 Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BVerfGE, Vol. 45. p. 227.

del Derecho constitucional alemán se explica y deriva, de que el artículo 1<sup>o</sup><sup>16</sup> de la Ley Fundamental, a diferencia de los otros artículos relativos a derechos fundamentales, es inalterable de cualquier tipo de modificación constitucional, de acuerdo a lo establecido en el artículo 79.3<sup>o</sup> de la Ley Fundamental, por consiguiente, está por encima de cualquier reforma<sup>17</sup>.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional Federal no ha manifestado ninguna duda sobre el hecho de que el derecho fundamental de la dignidad es derecho invocable ante los tribunales internos, frente a cuya lesión cabe apelar al Tribunal. De hecho, en la práctica, se ha ocupado frecuentemente de recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerden*), que afirman expresamente una lesión de la dignidad como derecho fundamental (Starck, 2008), bajo la premisa de que el artículo 1.1<sup>o</sup> (SCHWABE, 2009) de la Ley de Bonn tiene una clara tendencia, inherente en dirección hacia la garantía plena de los derechos, la misma que se hace evidente también a partir de las garantías establecidas en los artículos 19.4<sup>o</sup><sup>18</sup> y 93.1.4.a<sup>o</sup><sup>19</sup>, del mismo cuerpo normativo, relativas a la posibilidad de interponer recurso de amparo. Así, se puede afirmar que sólo la garantía de la dignidad como derecho subjetivo posibilita el recurso de queja constitucional frente a las leyes que pretendan una reforma constitucional y lesionen la dignidad de la persona humana. Si esta obligación de protección jurídico-objetiva del Estado supone también un derecho subjetivo del hombre a la protección de su dignidad frente a terceros, podrá conseguir aquél la protección estatal de su dignidad por vía judicial y por medio del pertinente recurso de queja constitucional. Por consiguiente, la garantía de la dignidad se podrá reclamar judicialmente también en orden de disfrute de los derechos (Gutiérrez Gutiérrez, 2009). De este modo, el respeto y la garantía de la dignidad es obligación de todo el poder estatal (artículo 1.1<sup>o</sup> de la Ley Fundamental).

En este contexto, el Tribunal Constitucional Federal alemán ha subrayado que, para determinar la lesión de la dignidad del hombre, se deberá analizar el hecho concreto, caso por caso (SCHWABE, 2009), a través de una variante de la denominada “fórmula-objeto” o fórmula de no instrumentalización (*Objekt-Formel*). Esta

---

16 Parlamento Federal de Alemania. Ley Fundamental Alemana. 1949. Artículo 1.1<sup>o</sup>: “La dignidad del hombre es intangible y constituye deber de todas las autoridades del Estado su respeto y protección”.

17 Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BVerfGE, Vol. 93. p. 112.

18 Parlamento Federal de Alemania. Ley Fundamental Alemana. 1949. Artículo 19.4<sup>o</sup>: “todo aquel que se vea lesionado en sus derechos por obra del poder público, podrá acudir a la vía judicial. Si no existe una vía específica, la competencia corresponde a la jurisdicción ordinaria”.

19 Parlamento Federal de Alemania. Ley Fundamental Alemana. 1949. Artículo 93.1.4.a: “respecto a los recursos de amparo, que podrán ser interpuestos por cualquiera mediante alegación de que el poder público le ha lesionado en alguno de sus derechos fundamentales, o en alguno de los derechos especificados....”

formulación, de origen kantiano, es recibida en el ámbito del Derecho Constitucional alemán por Dürig y consagrada por la jurisprudencia constitucional<sup>20</sup>. La idea fundamental de esta fórmula consiste en que el hombre no puede ser reducido, bajo ninguna circunstancia, a mero objeto de la actuación del Estado. De esta forma, la dignidad queda comprometida cuando el ser humano es convertido en simple objeto.

¿Pero, cuándo se reduce a la persona a un mero objeto? Resulta preciso cualificar el sentido objetivo de la acción. La jurisprudencia del TC alemán ha ido aclarando la interrogante, estableciendo una serie de parámetros para resolver casos futuros. Así en el Caso relativo a las escuchas (*Abhör-Urteil*), sentenció: “la fórmula general que afirma que el hombre no puede ser reducido como mero objeto del poder estatal, puede indicar si acaso sólo cierta pauta respecto a la posibilidad de identificar casos de violación del derecho a la dignidad del hombre. Pero el hombre, realmente, es bastante a menudo un simple objeto, no solamente en las relaciones y en el mismo devenir social, sino también del Derecho, al que debe someterse sin considerar sus propios intereses. En este sentido, una lesión de la dignidad humana no puede aparecer simplemente en esto. Consecuentemente, tiene que añadirse que se le somete a un tratamiento, que, en principio, cuestiona su calidad de sujeto, o que este tratamiento en algunos casos concretos, supone una transgresión arbitraria de la dignidad del hombre (2009).

De este modo, a través de casos concretos resueltos por el Tribunal Constitucional Federal se puede establecer que, si bien hace uso del artículo 1.1º de la Ley Fundamental como un punto de partida del poder estatal, confiriéndole a la dignidad la naturaleza de derecho fundamental, lo hace sin llegar a “institucionalizar” la dignidad del hombre a través de un uso inflacionario, lo cual daría lugar a cierta devaluación de la dignidad. Así, la concretiza en ciertos casos específicos, determinando su contenido y alcance como derecho fundamental individual, pero sin argumentarla de una forma meramente retórica, es decir, con una fórmula vana. Así pues, el modelo de la dignidad, en el sentido de la “tesis del objeto” o de no instrumentalización, posibilita un contenido concreto y también un elemento para el juez en su labor de impartir justicia.

Esto último es consonante a lo que ha establecido la doctrina, en el sentido que no se puede realizar una interpretación excesiva el derecho fundamental de la dignidad, ya que ello podría conllevar a una degradación de este derecho, hasta pretender convertirlo en un “derecho fundamental a la felicidad” (*happiness*); de modo que con tal interpretación se sobrecarga el derecho fundamental; perdiéndose la diferencia

---

20 Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BverfGE, Vol. 9. p. 89.

entre derechos individuales de libertad exigibles y los fines u objetivos estatales generales propios del Estado social.

## 6. La dignidad humana en la Constitución Política peruana de 1993

La Constitución Política del Perú de 1993 consagra a la dignidad de la persona humana en su artículo 1º, bajo el Capítulo I denominado “Derechos Fundamentales de la persona”, estableciendo que *“La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”*. Ahora bien, es realmente escasa, o más bien casi nula, la doctrina jurídica que aporte a la discusión sobre la naturaleza jurídica de la dignidad humana en el ordenamiento jurídico peruano. Ante ello, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano, si bien ha tomado partido por conferir a la dignidad humana la naturaleza de principio-derecho, no ha explicado, de forma exhaustiva, los fundamentos que lo llevan a adoptar dicha postura. De este modo, sus aportaciones se podrían sintetizar de la siguiente manera<sup>21</sup>.

- La dignidad humana constituye tanto un principio como un derecho fundamental, de forma similar a la igualdad, debido proceso, tutela jurisdiccional, etc.
- Las consecuencias jurídicas que derivan del doble carácter de la dignidad humana son las siguientes: en tanto principio, actúa a lo largo del proceso de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales, como: a) criterio interpretativo; b) criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión conflictiva; y c) criterio que comporta límites a las pretensiones legislativas, administrativas y judiciales; e incluso extendible a los particulares.
- En tanto derecho fundamental, se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana<sup>22</sup>.

21 Tribunal Constitucional peruano. STC N° 02273-2005-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2006. F.J 9

22 Tribunal Constitucional peruano. STC N° 02273-2005-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2006. F.J 10

## **7. La naturaleza jurídica de la dignidad humana en la Constitución Política peruana de 1993. Análisis comparado.**

En tanto España y Alemania han mantenido una postura clara respecto de la naturaleza jurídica de la dignidad humana en sus respectivos ordenamientos jurídicos; y estudiados y analizados los fundamentos jurídicos en mérito a los cuales se han adherido a una u otra posición, corresponde ahora realizar un análisis comparado con la doctrina y jurisprudencia del ordenamiento jurídico peruano. Si bien se ha establecido que cada Estado posee su propia dogmática constitucional, el análisis comparado a realizar nos permitirá dilucidar a qué posición se aproxima más el ordenamiento peruano y con ello, aportar a la discusión acerca de la naturaleza jurídica de la dignidad humana, de cara con el constitucionalismo español y alemán, que ciertamente han esbozado posiciones doctrinales más avanzadas.

### **7.1 La dignidad humana como principio constitucional**

De manera preliminar, es preciso indicar que, en los tres ordenamientos analizados, la dignidad se erige como un principio constitucional de especial relevancia. La doctrina y la jurisprudencia comparada, no dejan ninguna duda al respecto. Pero, ¿qué significa que la dignidad sea un principio?, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas de la naturaleza de principio de la dignidad? De modo resumido, de las consideraciones vertidas por los Tribunales Constitucionales de los ordenamientos jurídicos en análisis, se puede extraer que la dignidad, en tanto principio, tiene las siguientes características y cumple con los siguientes roles, o funciones:

- a. En primer término, los principios constitucionales poseen características propias dentro de un ordenamiento jurídico. Así, las notas que los definen son la generalidad y la fundamentalidad. El primer elemento, indica que los principios estarán formulados de manera genérica, es decir, tienen una estructura normativa mínima, sea en cuanto al supuesto o la consecuencia normativa. Por ejemplo, el principio de supremacía constitucional, cuya protección sobre conductas políticamente relevantes (pero no normadas) o nuevas, siempre exigirá su concretización por los operadores jurídicos correspondientes. El segundo elemento esencial, la fundamentalidad, indica que como tales, los principios constitucionales poseen una gradación o rango de carácter material en base al contenido de la norma, la que deriva de su importancia.
- b. En segundo término, la doctrina jurisprudencial señala que la dignidad, en tanto principio constitucional, goza de una mayor relevancia respecto de los demás principios consagrados en las Cartas Fundamentales. La doctrina, por

su parte, sigue la misma línea, considerando al principio de la dignidad como un principio rector de la política constitucional Landa Arroyo, Cesar <sup>23</sup>. Esta trascendencia suprema que se le otorga a la dignidad humana supone, según lo estipulado por la Corte Constitucional de Colombia, el reconocimiento del hombre como un fin en sí mismo y no como un objeto manipulable al que hay que buscar y encontrarle su fin fuera de sí<sup>24</sup>. En tal sentido, el plus que se le otorga a la importancia de la dignidad en tanto principio, toma en consideración que el ser humano es anterior, lógica y sociológicamente al Estado.

- c. En cuanto a las funciones que cumple la dignidad de la persona humana en tanto principio constitucional, destacan tres roles que son reconocidos tanto por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales de Perú, España y Alemania, así como por la doctrina: como legitimador, como fuente de los derechos fundamentales y, como parámetro de interpretación del ordenamiento jurídico.

En cuanto al primer rol, se ha establecido que la dignidad tiene un sentido y una función constitucional material e instrumental. Material, en la medida que establece la base de todo el orden fundamental de una comunidad democrática y libertaria y la función constitucional instrumental también cumple una finalidad legitimadora a partir de la conexión entre dignidad y Constitución<sup>25</sup>. En tal sentido, un ordenamiento jurídico será legítimo en función de su capacidad para garantizar, promover o defender la dignidad de la persona humana.

En cuanto a su función como fuente de los derechos fundamentales<sup>26</sup>, la dignidad es el punto de partida de los derechos fundamentales, siendo considerada como prius lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos. Ello quiere decir que, en el reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales, queda implícito el reconocimiento de una cuota de dignidad en cada derecho fundamental. Esta función estaría entonces íntimamente ligada a la función de la dignidad como criterio para la determinación del contenido esencial constitucionalmente protegido de determinados derechos, para resolver supuestos en los que el ejercicio de los derechos deviene en una cuestión con-

---

23 LANDA ARROYO, Cesar. La Dignidad de la Persona Humana: Cuestiones Constitucionales. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México. No. 7 (Jul-dic. 2002): p. 123.

24 Corte Constitucional de Colombia. C-521/98. Sentencia de 23 de septiembre de 1998; SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel. Comentario al Fuero de los Españoles. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p.138.

25 Tribunal Constitucional peruano. STC 02273-2005-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2006; Tribunal Constitucional español. STC 57/1994. Sentencia de 23 de marzo de 1994. F.J 03.

26 Tribunal Constitucional Federal Alemán. Sentencia BverfGe, Vol. 36. p. 174; Sentencia BverfGe, Vol. 21, p. 362; Tribunal Constitucional peruano. STC 02273-2005-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2006. F.J 7; Tribunal Constitucional español. STC 443/1990. Sentencia de 15 de febrero de 1990.

flictiva. Si la dignidad es la fuente de los derechos fundamentales, entonces es lógico deducir que un determinado derecho se encuentra limitado hasta donde llega la cuota de dignidad de otro derecho. Así lo ha planteado la jurisprudencia constitucional en diversos casos; por ejemplo: el derecho a la verdad ha sido recientemente reconocido por el Tribunal Constitucional peruano, en base a la dignidad humana inherente a este derecho. Por otro lado, se ha establecido que el derecho a la libertad de expresión queda limitado hasta donde llega el derecho al honor de la persona, derecho que se encuentra íntimamente ligado a la dignidad humana en cuenta principio constitucional.

Asimismo, la función interpretativa de la dignidad humana en cuanto principio constitucional es producto de la virtualidad nomogenética de los preceptos constitucionales, que en su gran mayoría son términos abiertos, cuyo contenido es necesario fijar, bien a través de normas posteriores o bien a través del desarrollo de la doctrina jurisprudencial.

Finalmente, la dignidad vincula y legitima a todos los poderes públicos, en especial al juez, que en su función hermenéutica debe convertir este principio en un parámetro interpretativo de todas las normas del ordenamiento jurídico<sup>27</sup>.

Estando delimitadas las características así como consecuencias de la naturaleza de la dignidad humana como principio constitucional, es oportuno analizar la procedencia de la consagración de la dignidad como derecho fundamental en el ordenamiento jurídico peruano, contenida en el artículo 1° de la Constitución Política Peruana de 1993, a partir de un examen comparado con el Derecho español y alemán.

## **7.2 La dignidad humana no está al mismo nivel que los derechos fundamentales ¿principio constitucional o derecho fundamental?**

Forma parte de un antiguo debate la jerarquía entre dignidad y derechos fundamentales. En ese sentido, se ha señalado continuamente que la dignidad humana no estaría al mismo nivel que un derecho fundamental específico, ya que a la primera le corresponde un grado más elevado, al ser la fuente de la cual emanan todos y cada uno de los derechos fundamentales. En tal perspectiva, se le niega a la dignidad la naturaleza de derecho fundamental, en la medida en que no estarían en el mismo plano.

En este punto, es innegable que el gran debate jurídico que ha generado la naturaleza de la dignidad humana se debe, en gran parte, a la confusión del significado

---

27 Corte Constitucional de Colombia. C-521/98. Sentencia de 23 de septiembre de 1998.

de la misma como principio constitucional y como derecho fundamental. Es en base a esta confusión que se ha intentado sustraer a la dignidad de su naturaleza jurídica de derecho fundamental. En efecto, el hecho de que, como correctamente lo ha señalado la jurisprudencia, la dignidad sea la fuente de la cual emanan los demás derechos fundamentales, constituyéndose, por tanto, en un *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos, no implica que no sea un derecho fundamental, en tanto que dicha función le corresponde en razón de principio constitucional.

Es la naturaleza jurídica de principio constitucional de especial relevancia, la que hace de la dignidad la fuente originaria de los demás derechos fundamentales; siendo un elemento imprescindible para hallar el núcleo esencial de un determinado derecho fundamental, aquel que no podrá ser vulnerado bajo ninguna circunstancia debido a su religación con la dignidad (en tanto principio). Un ejemplo mediante el cual se puede entender claramente este rol de la dignidad en tanto principio es el siguiente:

En el caso de conflicto entre el derecho a la libertad de expresión y el derecho al honor, si bien la libertad de expresión es un derecho cuya importancia ha sido ampliamente reconocida dentro de un Estado democrático de derecho, ¿hasta dónde puede llegar dicha libertad de expresión? ¿Es válida la vulneración de otros bienes constitucionales so pretexto del ejercicio de la libertad de expresión?, más aún, ¿en el caso de funcionarios públicos o de temas con interés público, el ejercicio de la libertad de expresión puede lesionar el honor de terceros? Al respecto, se ha establecido la posibilidad de restricción de la libertad de expresión como una excepción; así, según la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>28</sup>, las restricciones que se impongan deben ser necesarias en una sociedad democrática. Agrega la Corte IDH que, entre las varias opciones para alcanzar ese objetivo, debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ser conducente para alcanzar el logro de ese legítimo objetivo, interfiriendo en la menor medida posible en el efectivo ejercicio del derecho. En estos casos, el Tribunal Constitucional peruano ha dado un protagonismo especial a la dignidad humana, estableciendo que debe “prestarse una más intensa tutela a la libertad de información si, en el caso, la información propalada tiene significación pública, no se sustenta en expresiones desmedidas o lesivas a la dignidad de las personas” (Exp. N° 0905-2001-AA/TC, F.J. 15). Ello quiere decir que las restricciones a la libertad de expresión (en temas de interés público) estarán fijadas en la medida que no se vulnere la dignidad humana, en

---

28 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. p. 91.

tanto principio constitucional. No se tutela, por tanto, a la dignidad humana como derecho fundamental, sino que ésta actúa como principio constitucional para fijar los límites del derecho a la libertad de expresión y, en esa dirección, salvaguardar el derecho al honor, dada su estrecha religación con la dignidad.

Por tanto, la función de la dignidad como fuente de los derechos fundamentales, así como parámetro que fija el límite de los mismos, corresponde a su naturaleza de principio jurídico constitucional, no siendo válido el argumento que pretende desvirtuar a la dignidad de la naturaleza jurídica de derecho fundamental en este sentido.

### 7.3 La ubicación de la dignidad en el texto constitucional

Ya se ha expuesto la interpretación se ha otorgado a la ubicación de la dignidad humana en los textos constitucionales de España y Alemania. En el caso peruano, la Constitución Política de 1993, reconoce a la dignidad en su artículo 1º, bajo el Capítulo I que titula “Derechos Fundamentales de la persona”. No obstante, el legislador planteó en el artículo 2º, contenido en el mismo Capítulo, una redacción de los derechos fundamentales de la persona con la frase preliminar “*toda persona tiene derecho a*”, siendo, por tanto, el artículo 1º uno que abre la enumeración de los derechos fundamentales reconocidos por la Carta Magna, lo cual no deja en claro si la dignidad es un derecho fundamental, o, como en el caso del derecho español, un principio constitucional que, como fuente de los demás derechos fundamentales, inaugura el apartado que los reconoce. Más adelante, el artículo 3º, contenido en el mismo Capítulo, no ayuda a esclarecer el debate ya que establece que la enumeración de los derechos establecidos en el Capítulo II no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad, lo cual hace alusión a la dignidad como principio constitucional, fuente de los demás derechos fundamentales.

Si bien el Tribunal Constitucional peruano, intérprete máximo de la Constitución, ha establecido que la dignidad es un derecho fundamental, su ubicación dentro del texto constitucional, como ya se ha establecido, deja algunas dudas al respecto, lo cual plantea la cuestión de si la dignidad debería ser reconocida expresamente por la Constitución de 1993 como un derecho fundamental, al igual que los consagrados en el artículo 2º del texto fundamental.

### 7.4 La protección jurisdiccional de la dignidad: recurso de amparo

El principal argumento que el Tribunal Constitucional español ha establecido para negarle a la dignidad la naturaleza jurídica de derecho fundamental radica en que

ésta no es susceptible de tutela jurisdiccional vía amparo. En efecto, como ya se ha hecho mención, los mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales se encuentran contenidos en el artículo 53.2º de la Constitución española, que establece, de forma expresa, que *“cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14º y la Sección I del Capítulo II ante los tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el TC”*. De cara con este precepto, la dignidad de la persona no queda protegida a través de la vía jurisdiccional de protección de los derechos fundamentales, ya que el constituyente no la incluyó dentro del ámbito de protección del recurso de amparo. La protección de la dignidad de la persona tendría lugar, en último caso, a través de la tutela judicial de los derechos en que la misma se concreta. De hecho, el Tribunal Constitucional español, si bien ha hecho mención, en numerosos casos resueltos, a la dignidad humana como parámetro interpretativo, nunca ha concluido, en ninguna de sus sentencias, en la vulneración de la dignidad, sino en otro derecho fundamental específico. Esta ha sido la doctrina jurisprudencial reiterada del Tribunal Constitucional español, quien también ha dejado sentado que ello no significa, de forma alguna, que la dignidad carezca de eficacia constitucional, ya que su protección es en abstracto, es decir, a través de los procedimientos de declaración de inconstitucionalidad, regulados en los artículos 161º y 163º de la Constitución y en el Título II de la Ley Orgánica del TC español, quien tiene la potestad de declarar la inconstitucionalidad de una ley o norma con rango de ley, cuyos postulados o prescripciones sean contrarios a la dignidad humana.

Por su parte, el Tribunal Constitucional Federal de la República de Alemania es categórico al afirmar la naturaleza jurídica de derecho fundamental a la dignidad humana. Ello, debido a que, por un lado, el artículo 1º de la Ley Fundamental, a diferencia de los otros artículos relativos a derechos fundamentales, es inalterable, en concordancia con lo estipulado en el artículo 79.3º de la Ley Fundamental, por tanto no es susceptible de reforma constitucional. De esta forma, se otorga a la dignidad la máxima fuerza de validez que una Constitución pueda conceder. Aunado a ello, el propio artículo 1º de la Ley Fundamental establece la naturaleza de derecho directamente aplicable a la dignidad humana, imponiendo un doble deber al Estado alemán: de respeto y de garantía. Según el primer deber, la obligación estatal de respetar la dignidad, el Estado debe asegurarse de dejarla intacta de modo que deberá organizar el aparato estatal para impedir lesiones a la dignidad causadas por la aplicación incorrecta de la ley. Es una obligación de abstención, de no lesionar, ya sea a través de la emisión de normas o la aplicación de las mismas. La segunda obligación legitima a toda persona, a interponer un recurso judicial ante ataques a la dignidad por parte de terceros particulares. La obligación de pro-

tección, que se apoya directamente en el Estado, debe garantizar el respeto de la dignidad respecto a terceros. La eficacia frente a terceros, a través de la obligación de protección estatal, le da a la dignidad la efectividad necesaria, propia de un derecho fundamental. Finalmente, la Ley Fundamental, en sus artículos 19.4° y 93.1.4.a°, posibilita expresamente la posibilidad de interponer recurso de amparo ante la vulneración de la dignidad humana. De hecho, en la práctica, el Tribunal Constitucional Federal se ha ocupado frecuentemente de recursos de amparo (*Verfassungsbeschwerden*), que afirman expresamente una lesión a la dignidad como derecho fundamental (Starck, 2008)

En el constitucionalismo peruano, la Carta Magna no posee un artículo como el 1° de la Ley Fundamental, que otorga una eficacia directa a la dignidad humana como derecho fundamental, al conferir a los órganos estatales la obligación de su respeto y protección. Tampoco se aproxima a la doctrina jurisprudencial española que, de forma tajante, ha denegado la naturaleza de derecho fundamental a la dignidad humana, de cara con la falta de protección que la Constitución española le ofrece, al excluir la posibilidad de plantear una acción de amparo ante su vulneración. El artículo 1° de la Constitución Política de 1993 establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; lo cual pone de manifiesto el deber de respeto que existe de parte del Estado peruano a la dignidad humana. Por su parte, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano ha dejado sentado que (02273-2005-PHC/TC) la dignidad, en tanto derecho fundamental, se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico peruano, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección. Se podría colegir, por tanto, que a pesar de que el legislador peruano no ha reconocido expresamente la obligación de garantía de la dignidad humana en el texto de la Carta Fundamental, protección propia de todo derecho fundamental, ha sido el Tribunal Constitución peruano, máximo intérprete de la Constitución, el que ha cerrado el círculo de protección debida, declarándola como un derecho fundamental, merecedor de respeto y garantía y, por tanto, susceptible de ser reclamado ante los tribunales jurisdiccionales.

No obstante esta afirmación, aún quedan algunos cabos sueltos en la regulación positiva de la protección de la dignidad humana, toda vez que, por un lado, en un sentido ideal, sería oportuno que el propio texto Constitucional consagrara la obligación de respeto y garantía de la dignidad humana. Por otro lado, la regulación del Proceso de Amparo en el Perú no es equiparable con su regulación en España, dado que mientras en España se prevé el amparo para la protección exclusiva de los derechos fundamentales reconocidos por la CE, el Código Procesal Constitu-

cional peruano establece que el amparo procede en defensa tanto de los derechos fundamentales como de los constitucionales.

En efecto, el artículo 37° del Código Procesal Constitucional peruano enumera, de forma taxativa, la lista de los derechos fundamentales que son susceptibles de amparo, siendo que en ningún numeral se encuentra consagrada la dignidad humana. Ello no parece lógico con la importancia y trascendencia que el Tribunal Constitucional peruano le ha conferido a dicho precepto constitucional que, tratándose de un derecho fundamental, resultaría racional que sea tutelado vía amparo y que ello sea consignado expresamente por el Código Procesal Constitucional.

Con todo, no se puede afirmar *prima facie*, basándonos en la estructura del artículo 37° del Código Procesal Constitucional peruano, que la dignidad no es un derecho fundamental, pues, en última *ratio*, la duda es subsanada por el Tribunal Constitucional que ha afirmado que la dignidad es un derecho fundamental autónomo susceptible de ser amparado judicialmente, no obstante mostrarse temeroso en cuanto se refiere a pronunciarse sobre la violación de la dignidad humana, señalando solamente la vulneración de otro derecho fundamental específico, lo cual no termina por aclarar del todo la problemática.

### 7.5 La dignidad en la Teoría de los Derechos fundamentales: derechos a algo

Hasta ahora se ha discutido si la dignidad humana es un derecho fundamental o no, según el tenor de los pronunciamientos jurisprudenciales de las Altas Cortes constitucionales de España, Alemania y Perú. Pero ¿Qué establece la doctrina al respecto? ¿Qué debe ser considerado como un derecho fundamental? La Teoría de los Derechos Fundamentales de Robert Alexy nos brinda luces al respecto, las mismas que aportarán a la discusión de la naturaleza de la dignidad como derecho fundamental en el ordenamiento peruano.

El fruto analítico más importante de la discusión acerca de los derechos subjetivos consiste en los análisis y clasificaciones de aquellas posiciones jurídicas que, tanto en el lenguaje ordinario como en el técnico, son llamadas “derechos”. Así, según la Teoría de los Derechos Fundamentales, los derechos subjetivos pueden ser clasificados en: 1) derechos a algo, 2) libertades y, 3) competencias. Expuesto así, de forma preliminar se debe descartar que la dignidad sea considerada como una libertad o una competencia.

Por tanto, corresponde corroborar si la dignidad humana se erige como un “*derecho fundamental a algo*”, en concordancia con la Teoría General de los Derechos Fundamentales. En primer término, cabe destacar que la estructura fundamental del derecho a algo se encuentra simplificada en la siguiente fórmula general “(a) tiene

frente a (b) un derecho a (G)". Esta fórmula debe entenderse como una relación triádica entre un titular, un destinatario y un objeto. En el caso de los sujetos, no es necesaria mayor especificación: se refiere al ciudadano y al Estado. Por su parte, el objeto de un "derecho a algo" es siempre una acción del destinatario (el Estado). De modo contrario, si el objeto no fuera ninguna acción del destinatario no tendría sentido la relación y tampoco el derecho.

Ahora bien, que el objeto de un "derecho a algo" sea una acción del destinatario no implica que dicha acción deba ser expresada directamente a través de las disposiciones singulares de derecho fundamental. Un ejemplo de ello es la redacción constitucional del derecho a la vida: "todos tienen derecho a la vida". En dicho postulado no se expresa directamente una acción, con lo cual podría pensarse que se trata de una relación diádica, no obstante, ello es sólo una designación abreviada de un derecho a algo.

Por tanto, se deduce que, para que se configure un "derecho a algo", independientemente de su redacción en el texto constitucional, es menester que exista una relación triádica, donde el objeto del derecho sea una acción efectiva. Dicha acción supondrá dos obligaciones: una negativa y otra positiva. La primera, estará dirigida a la obligación de respeto al derecho fundamental por los órganos estatales, y la segunda, constituirá una obligación de garantía del derecho fundamental, en el sentido de intromisión del Estado frente a intervenciones arbitrarias de terceros. En el mismo ejemplo del derecho a la vida, el Tribunal Constitucional Federal, ha establecido que el artículo 2º párrafo 1º de la Ley Fundamental (que reconoce el derecho a la vida) estatuye tanto "negativamente un derecho a la vida, que excluye, especialmente, el asesinato organizado estatalmente"; como también positivamente el derecho a que el Estado intervenga "protegiendo y promoviendo esta vida", lo que, sobre todo, significa "protección frente a las intervenciones arbitrarias de terceros". En tal sentido, la construcción del derecho a algo puede ser traducida en dos fórmulas: a) "a" tiene frente al Estado el derecho a que éste no lo mate y, b) "a" tiene frente al Estado el derecho a que éste proteja vida frente a intervenciones arbitrarias de terceros.

Visto así, si bien el ordenamiento constitucional peruano no cuenta con un artículo que establezca taxativamente "toda persona tiene derecho a su dignidad" (lo cual resulta una mera designación abreviada de un derecho a algo); se advierte que la dignidad posee la estructura propia de un "derecho a algo", ya que, por un lado, el artículo 1º de la Constitución Política de 1993 consagra el deber de "respeto" de la dignidad humana, lo cual constituye una obligación negativa, de no vulnerar el derecho a la dignidad. Y, asimismo, el Tribunal Constitucional ha establecido, a través de su doctrina jurisprudencial, que la dignidad es un derecho

autónomo cuya tutela puede ser reclamada por un particular ante los tribunales jurisdiccionales.

Sobre la naturaleza de los derechos fundamentales y su función en el ordenamiento jurídico, la doctrina ha definido el doble carácter que tienen los derechos fundamentales. De este modo, en primer lugar, los derechos fundamentales son derechos subjetivos, derechos de los individuos no sólo en cuanto derechos de los ciudadanos en sentido estricto, sino en cuanto garantizan un *status* jurídico o la libertad en un ámbito de la existencia, pero, al propio tiempo son elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunicada nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica, plasmada históricamente en el Estado de Derecho. En el segundo aspecto, en cuanto elemento fundamental de un ordenamiento objetivo, los derechos fundamentales dan sus contenidos básicos a dicho ordenamiento, en el caso peruano al Estado Social y Democrático de derecho, y atañen al conjunto estatal. En esta función, los derechos fundamentales, por cuanto fundan un *status* jurídico constitucional unitario para todos los ciudadanos y son decisivos en igual medida para la configuración del orden democrático en el Estado, son elemento unificador, tanto más cuanto el cometido de asegurar esta unificación compete al Estado. Los derechos fundamentales son un patrimonio común de los ciudadanos individual y colectivamente, constitutivos del ordenamiento jurídico cuya vigencia a todos atañe. Establecen una vinculación directa entre los individuos y el Estado y actúan como fundamentos de la unidad política sin mediación alguna. Por tanto, la garantía de su vigencia no puede limitarse a la posibilidad del ejercicio de pretensiones por parte de los individuos sino que ha de ser asumida por el Estado. Este es el sentido del derecho fundamental de la dignidad, que en tanto derecho autónomo, puede ser reclamado y efectivamente tutelado mediante una acción de amparo, tal y como ha dejado sentado el Tribunal Constitucional peruano: *“en ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección, en la resolución de los conflictos sugeridos en la misma praxis intersubjetiva de las sociedades contemporáneas, donde se dan diversas formas de afectar la esencia de la dignidad humana”*<sup>29</sup>.

Ahora bien, hace falta ahondar un poco más, a fin de ensayar una estructura de la dignidad como un “derecho a algo”. Pues bien, como se ha advertido, los “derechos a algo” implican una obligación de respeto y otra de garantía, negativa y positiva respectivamente. A su vez, los derechos a acciones negativas, también llamados derechos de defensa, están divididos en 3 grupos: derechos a que el Estado no

---

29 Tribunal Constitucional peruano. STC N° 02273-2005-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2006. F.J 10

impida y obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; derechos que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; y, derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho. Veamos en que clasificaciones se sitúa la dignidad humana.

Respecto del primer grupo, los derechos al no impedimento de acciones, son ejemplos de acciones de un titular de derecho fundamental que pueden ser impedidas u obstaculizadas: la libertad de movimiento, la manifestación de la fe, la expresión de opinión, la creación de una obra de arte, la educación de los hijos, la reunión en una calle, y la elección de una profesión. Así, un impedimento de una acción se da cuando se crean circunstancias que hacen fácticamente imposible su realización. Dicho de otro modo, “h” impide el desplazamiento de “a” cuando “b” detiene a “a”, “b” impide la educación de los hijos de “a” por parte de “a” si le quita los hijos a “a”. A este grupo pertenecen sólo los derechos a que el Estado no estorbe las acciones del titular del derecho, cualquiera que sea su tipo, es decir, no las impida u obstaculice por actos, cualquiera que sea su tipo. En esta línea de razonamiento, resulta difícil ubicar a la dignidad humana como un derecho al no impedimento de acciones, debido a que ésta (la dignidad) al ser un derecho inherente al ser humano, no es ejercida mediante una determinada acción o actividad de una persona, sino que es totalmente independiente a éstas. Dicho en otras palabras, independientemente del hecho que una persona pueda caminar, pensar, hablar, protestar, u otra actividad, siempre será portadora del derecho a su dignidad por el solo hecho de ser humana.

Respecto del segundo grupo, los derechos a la no afectación de propiedades y situaciones, están referidos a que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho. Ejemplos típicos de propiedades son las de vivir y estar sano; un ejemplo de una situación es la inviolabilidad del domicilio. Al enunciado sobre un derecho tal puede dársele la siguiente forma estándar: “a” tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte la propiedad A (la situación B) de a. La dignidad es fácilmente ubicable dentro de esta clasificación, como una propiedad inherente al ser humano, cuyo respeto es consagrado por el artículo 1º de la Constitución de 1993, a través del cual se impone la obligación negativa al Estado de no afectarla.

Respecto del tercer grupo, los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas, está constituido por los derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho. Que existe una posición jurídica significa que vale una correspondiente norma (individual o universal). El derecho del ciudadano frente al Estado de que éste no elimine una posición jurídica del ciudadano es, por lo tanto, un derecho a que el Estado no derogue determinadas normas. De este modo, al interpretar de forma literal el artículo 1º de la Constitución de 1993, que

establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”, se evidencia que la dignidad ocupa un lugar preminente dentro del ordenamiento jurídico peruano, de modo que, las normas jurídicas que éste emita han de ser concordantes con dicha dignidad. Así, la dignidad vincula la actuación de los poderes públicos, orienta las políticas públicas y en general la labor del Estado (eficacia vertical), e irradia las relaciones interprivadas (eficacia horizontal). En esencia, es un derecho fundamental que vale como anterior y superior al Estado, que está obligado a otorgarla con arreglo a sus leyes, y la reconoce y protege como dada antes que él.

### 7.6 El derecho fundamental de la dignidad en la práctica

De los pronunciamientos y casos resueltos por el Tribunal Constitucional peruano se evidencia una constante mención a la dignidad humana en tanto principio constitucional. No obstante, el Colegiado no ha resuelto ningún caso concreto donde se concluya la violación o vulneración de la dignidad humana como derecho fundamental autónomo, sino ha hecho uso de ésta como principio constitucional para establecer el núcleo esencial y los límites de un derecho fundamental específico. Ciertamente, resulta difícil imaginar una situación en donde se vulnera a la dignidad como derecho fundamental, sin referirse o apoyarse de otro derecho fundamental (libertad, igualdad, vida, integridad, etc.).

No obstante, también es cierto que el derecho debe anticiparse y prever situaciones que es necesario reglamentar. En tal sentido, se advierten situaciones futuras donde el derecho fundamental a la dignidad ocupará un rol protagónico.

En efecto, resulta probable que dentro de un campo nuevo que se va abriendo en la vida actual, con presagios inciertos hacia el futuro, el respeto hacia la dignidad humana adquiera una importancia tan relevante y directa que en estos momentos sólo constituyen meras sospechas: ese campo es de la bioética y el bioderecho.

Lo importante de la bioética, como novedoso adelanto científico que trasciende a la interpretación y aplicación del respeto y garantía de la dignidad, es que con motivo de los descubrimientos y manipulaciones del genoma humano, de los embriones humanos y de la bioética en general, se genera una situación nunca antes vista, ya que la humanidad aparece como sujeto de un nuevo derecho. La humanidad es sujeto porque ella viene siendo directamente interesada como beneficiaria y responsable de dichos adelantos, pero al mismo tiempo es susceptible de ser tratada como objeto de cara con las nuevas técnicas científicas que terminan por experimentar con ella. Veamos un ejemplo claro: en el caso de la clonación humana, que en muchos Estados es prohibida legalmente, ¿qué

derecho es susceptible de ser vulnerado? ¿La vida? ¿La integridad? ¿El honor? Ciertamente, en estos casos la dignidad jugaría un rol protagónico, ya que, como se ha dejado sentado, una consecuencia básica de dicho precepto es la prohibición de la cosificación del ser humano.

Otro ejemplo es aquel donde, a causa de la moderna investigación genética podría ser posible en el futuro (y así se ha establecido por la Ciencia) que los padres podrán tener hijos con ciertas características especiales determinadas por ellos. Respecto a esta posibilidad del futuro se habla ya de «niños de diseño» (*Designer Babys*) ¿Sería la realización de tal posibilidad, a través de la experimentación, una violación de la dignidad del hombre? Igualmente, a través de la modificación genética se establece la posibilidad, en el futuro, de alargar la vida del hombre. Así, científicos de Estados Unidos de Norteamérica han vaticinado que se desarrollará una genética que haga posible inyectar en las células viejas de la persona ciertas sustancias regeneradoras. De ese modo el hombre podría llegar a los doscientos años. ¿Infringen tales experimentos (o incluso la congelación del hombre vivo con la finalidad de alargarle la existencia) la dignidad del ser humano? Estos son claros ejemplos donde la dignidad podría ser alegada como derecho fundamental.

De este modo, la dignidad de la persona humana en el ordenamiento jurídico peruano se erige como un verdadero derecho fundamental, a tenor de lo estipulado en el artículo 1° de la Constitución Política de 1993, lo establecido en la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano y en concordancia con la Teoría General de los Derechos Fundamentales planteada por la doctrina. No obstante, ello no significa que existan ciertas falencias en el reconocimiento jurídico normativo de la dignidad, siendo ello un factor de gran importancia al momento de definir, de modo coherente, la dogmática constitucional propia de un ordenamiento jurídico.

## 8. Conclusiones.

La dignidad humana es un bien jurídico constitucional cuya importancia y trascendencia la ha situado en los primeros articulados de las constituciones contemporáneas, consagrándose como como *prius* lógico y ontológico para la existencia y especificación de los demás derechos. En esta relevancia reside la importancia de su estudio y análisis.

La dificultad para dotar de contenido jurídico a este bien se ha visto manifestada tanto en la doctrina como en la jurisprudencia comparada. No obstante, es el

desarrollo jurisprudencial, a través de la resolución de casos concretos, el que ha ayudado a interpretar y establecer los alcances jurídicos y limitaciones de este principio-derecho. Si bien los Tribunales Constitucionales de España y Alemania han construido, a través de los años, una doctrina de interpretación de la naturaleza jurídica de la dignidad humana en sus ordenamientos jurídicos, aún falta mucho por recorrer, más aún en los sistemas latinoamericanos.

Es a través del análisis comparado de estas construcciones jurisprudenciales que se ha podido llegar a establecer que la dignidad, en el ordenamiento jurídico peruano vigente, se erige como un verdadero derecho fundamental. Esto, debido a que si bien no se cuenta con un artículo como el 1° de la Ley Fundamental Alemana, que reconoce expresamente dicha naturaleza jurídica, el artículo 1° de la Constitución de 1993, ubicado en el Título I “De los derechos y deberes fundamentales”, reconoce la obligación de respeto de la dignidad. Aunado a ello, y cerrando el círculo de protección debida, la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano ha reconocido el deber de garantía de la dignidad, al establecer que ésta se constituye como un derecho autónomo reclamable ante los tribunales jurisdiccionales; lo cual es consonante con la Teoría General de los Derechos Fundamentales planteada por la doctrina.

A la par, la dignidad humana posee también la naturaleza jurídica de principio constitucional, siendo que los efectos jurídicos derivados de dicha naturaleza han de ser correctamente identificados para evitar confusiones respecto de su dimensión como derecho fundamental. Así, como principio constitucional, la dignidad cumple, principalmente, tres funciones: legitimadora del poder público, fuente de los derechos fundamentales y, parámetro interpretativo del ordenamiento jurídico peruano.

No obstante, son aún pocas las decisiones judiciales donde se haya discutido la violación de la dignidad humana como derecho fundamental autónomo, siendo que siempre ha recurrido a la dignidad en tanto principio constitucional que guía la interpretación de otro derecho fundamental específico. Ello, indica la dificultad de plantear un caso concreto donde se vulnere la dignidad humana en tanto derecho fundamental, así como la urgencia de que la jurisprudencia siga delimitado sus alcances y contenido. Con todo, lo cierto es que el derecho debe anticiparse a situaciones futuras, como por ejemplo, el avance de la bioética y el bioderecho. La clonación humana, así como la alteración y manipulación del genoma humano son ejemplos de situaciones perfectamente imaginables donde se discute la cosificación de la persona humana, situación en que la dignidad ocuparía un rol protagónico.

## 8. Bibliografía

### Libros:

- BATISTA JIMÉNEZ, Fernando. La dignidad de la persona en la Constitución española. En Cuestiones Constitucionales. México. Nº 14. 2006: p.7-10
- CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. Dignidad frente a barbarie. La Declaración Universal de Derechos humanos, cincuenta años después. Madrid: Trotta, 1999. p. 16.
- FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco. Estudios jurídicos-constitucionales. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 2003. p. 13-23.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. Dignidad de la persona y derechos fundamentales. Madrid: Marcial, 2005. p. 39.
- GUTIÉRREZ GUTIÉRREZ, Ignacio. La dignidad de la persona en la Constitución Española. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de la Universidad Complutense, 2002. p. 20 y ss.
- GONZÁLEZ AMUCHASREGUI, Jesús. Autonomía, dignidad y ciudadanía. Una teoría de los derechos humanos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 417.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. La dignidad de la persona. Madrid: Civitas, 1986. p. 112.
- HERNÁNDEZ GIL, Antonio. El cambio político español y la Constitución. Madrid: Planeta, 1982. p. 422.
- KANT, Immanuel. Fundamentación de la metafísica de las costumbres. Traducción de Martínez de Velasco. Madrid: Espasa-Calpe, 1995. p. 94 y ss.
- LUCAS VERDÚ, Pablo. Estimativa y políticas constitucionales. Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Sección de Publicaciones, 1984. p. 100-118.
- OSUNA FERNÁNDEZ-LARGO, Antonio. Teoría de los derechos humanos, conocer para practicar. Madrid: Esteban-Edibesa, 2001. p. 200.
- MARÍN CASTÁN, María Luisa. El positivismo jurídico a examen. Salamanca: Universidad de Salamanca, 2006. p. 379.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. La Dignidad desde la Filosofía del Derecho. Cuadernos Bartolomé de las Casas. Madrid: Dickinson, 2003. p. 21, 27, 8-55; 417.
- PICO DE MIRÁNDOLA, Giovanni. Oratio de hominis dignitate. Florencia: Eugenio Garín, 1952. p. 59.
- RUIZ-GIMÉNEZ CORTÉS, Joaquín. Comentarios a la Constitución de 1978. Tomo II. Madrid: Edersa, 1997. p. 49-59.
- SÁNCHEZ DE LA TORRE, Angel. Comentario al Fuero de los Españoles. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1975. p.138.

- SCHWABE, Jürgen. Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes. México: Konrad - Adenauer - Stiftung, 2009. p. 53-104
- STARCK, Christian. La dignidad del hombre como garantía Constitucional, en especial, en el Derecho Alemán. Madrid: Dykinson, 2008. p. 240- 268.
- VON WINTRICH. Zur Problematik der Grundrechte. 1957. Traducción de Sainz Moreno. Madrid: Aguilar, 1973. p. 236.

### **Revistas:**

- INGO VON, Munch. La dignidad del hombre en el Derecho Constitucional. En: Revista española de Derecho Constitucional. Madrid. N° 05 (May-agos 1982): p. 9-19.
- LANDA ARROYO, Cesar. La Dignidad de la Persona Humana: Cuestiones Constitucionales. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional. México. No. 7 (Jul-dic. 2002): p. 123.
- RODRÍGUEZ CARRIÓN, Alejandro. El nuevo Derecho Internacional: La cuestión de la autodeterminación y la cuestión de la injerencia. En: Transformaciones del Derecho en la mundialización. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999. p. 161 y ss.

### **Jurisprudencia**

#### **Tribunal Constitucional peruano**

- Tribunal Constitucional Peruano. STC acumulado N° 0050-2004-AI/TC, 0051-2004-AI/TC, 0004-2005-AI/TC, 0007-2005-AI/TC. Sentencia de 03 de junio de 2005. F.J 38, 39 y 46.
- Tribunal Constitucional peruano. STCN° 1417-2005-PA/TC. Sentencia de 08 de julio de 2005. F.J 3.
- Tribunal Constitucional peruano. STC N° 02273-2005-PHC/TC. Sentencia de 20 de abril de 2006. F.J 6, 7, 10.

#### **Tribunal Constitucional español**

- Tribunal Constitucional español. STC 2/1982. Sentencia de 29 de enero de 1982. FJ. 5.
- Tribunal Constitucional español. STC 53/1985. Sentencia de 11 de abril de 1985. F.J 9.
- Tribunal Constitucional español. STC 105/1990. Sentencia de 6 de junio de 1990. FJ. 8
- Tribunal Constitucional español. STC 214/1991. Sentencia de 11 de noviembre. FJ. 8.
- Tribunal Constitucional español. STC 57/1994. Sentencia de 23 de marzo de 1994. F.J 03.
- Tribunal Constitucional español. STC 113/1996. Sentencia de 25 de junio de 1994. F.J 6.
- Tribunal Constitucional español. STC 337/1994. Sentencia de 23 de diciembre de 1994. F.J. 4.

Tribunal Constitucional español. STC 113/1996. Sentencia de 25 de junio de 1996. F.J 3 y 6.

Tribunal Constitucional español. STC 231/1988. Sentencia de 2 de diciembre de 1988. FJ. 8.

#### **Tribunal Constitucional Federal Alemán**

Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BverfGe, Vol. 36. p. 174.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BverfGe, Vol. 21, p. 362.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BverfGE, Vol. 9. p. 89.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BVerfGE, Vol. 45. p. 227.

Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Sentencia BVerfGE, Vol. 93. p. 112.

#### **Corte Interamericana de Derechos Humanos**

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de septiembre de 2006. Serie C No. 151. p. 91.





Autor: Joaquin Mario Murillo  
Título: De la serie darien de agua  
Técnica: Óleo sobre espátula  
Dimensión: 120 x 120 cm  
Año: 2008

***REFLEXIONES SOBRE  
LAS CONCEPCIONES Y LOS MÉTODOS  
PARA EL ESTUDIO  
DEL DERECHO PRIVADO\****

---

\* El presente ensayo académico-investigativo hace parte de los escritos presentados, por la autora, al Concurso Público de Méritos Docentes 001 de 2011 de la Universidad de Antioquia, en el mes de octubre de 2011.

Fecha de recepción: marzo 27 de 2012  
Fecha de aprobación 5 de junio de 2012

## REFLEXIONES SOBRE LAS CONCEPCIONES Y LOS MÉTODOS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO.

*Sandra Eliana Cataño Berrío\*\**

### RESUMEN

El estudio y aplicación del Derecho, en general, y del Derecho Privado, en particular, demandan del jurista un cuestionamiento y reflexión permanente sobre las concepciones y los métodos del mismo, considerando los contextos sociales, políticos, económicos, históricos y culturales donde se desenvuelve esta disciplina; sin olvidar la importancia que también tiene, en la actualidad, el análisis del campo jurídico en los ámbitos local, nacional y global, que exigen aceptar la participación de nuevos agentes, procedimientos y prácticas que están teniendo lugar en esa lucha permanente por definir qué es Derecho y quiénes dan ese Derecho.

La configuración de las concepciones y los métodos para el estudio de la dogmática del Derecho Privado, en el escenario nacional y global actual, debe pasar, en forma ineludible, por la consideración de un Estado Social y Democrático de Derecho, que requiere la protección de los derechos fundamentales, de valores colectivos y, en últimas, del interés general. Como también, por las reflexiones sobre la incidencia de una economía de mercado, que conlleva la participación de nuevos agentes, las transformaciones en la configuración de las relaciones jurídicas particulares y la pluralidad de fuentes que están presentes en el surgimiento y desarrollo de dichas relaciones.

**Palabras clave:** Derecho Privado, concepciones y métodos de la dogmática del Derecho Privado, Estado Social de Derecho, autonomía privada, contratación privada, globalización económica, interés general, interés particular, campo jurídico nacional, campo jurídico global o transnacional.

## REFLECTIONS AND CONCEPTIONS ABOUT THE STUDY OF THE PRIVATE LAW

### ABSTRACT

The study and application of law, in general, and of Private Law, in particular, require the lawyer questioning and ongoing reflection on the concepts and methods of the same, considering the social, political, economic, historical and cultural in which it operates this discipline, not forgetting the importance that also has, at present, analysis of the legal field at local, national and global acceptance requiring the participation of new agents, processes and practices that are taking place in the ongoing struggle define what is right and who give that law.

The configuration of the concepts and methods for the study of dogmatic of Private Law, in the current national and global context, you must go, as inescapable, for the consideration of a Social and Democratic State of Law, which requires the protection of fundamental rights of collective values and, ultimately, the public interest. As well, the reflections on the impact of a market economy, involving the participation of new agents, changes in the configuration of private legal relations and the plurality of sources that are present in the emergence and development of these relations.

### Keywords

Private Law, concepts and methods of dogmatic of private law, State of Law, private autonomy, private contract, economic globalization, general interest, private interest, national legal field, global or transnational legal field.

---

\*\* Abogada y Magíster en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Profesora vinculada al área de Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Correo electrónico: sandraelianaca@gmail.com.

# REFLEXIONES SOBRE LAS CONCEPCIONES Y LOS MÉTODOS PARA EL ESTUDIO DEL DERECHO PRIVADO.

## INTRODUCCIÓN

El estudio, reflexión, interpretación y aplicación del Derecho en general y del Derecho Privado, en particular, requieren, por parte de su intérprete, una revisión constante sobre su(s) objeto(s), o razón de ser, y sobre la(s) forma(s) de acercarse al mismo, teniendo en cuenta el contexto histórico, social, político, económico y cultural en el cual se desenvuelve, así como las tensiones, rupturas y limitaciones que surgen.<sup>1</sup> Como bien lo señala José Luis de los Mozos (1988: 19), al cuestionarse por la metodología y epistemología jurídica, “lo que necesitan los juristas es realizar una constante reflexión sobre el objeto de su actividad como juristas”; al tiempo que Arrubla Paucar (1996: 82) sostiene que el “deber del jurista es estudiar el derecho pero no como fin en sí mismo sino como medio de adaptación a las exigencias de la vida”.

Con el presente escrito se pretende plantear algunas reflexiones sobre las concepciones del Derecho Privado contemporáneo en el contexto nacional y global, como también sobre los métodos empleados para su regulación, conocimiento y aplicación<sup>2</sup>. Para cumplir con este propósito, se estima oportuno y necesario presentar una concepción general del Derecho y del método para su estudio, para luego exponer algunas consideraciones sobre las concepciones de la dogmática del Derecho Privado, a partir de su estado actual, y de la(s) forma(s) de estudiar y aplicar la misma.

---

1 Entendiendo por ‘tensiones’ las fricciones o choques que surgen entre dos situaciones, en este caso entre el interés general y el interés particular, entre el campo jurídico que se desarrolla en el ámbito nacional y el que se desenvuelve en el contexto transnacional. Por ‘rupturas’, el rompimiento de las condiciones que se vienen presentando y que producen transformaciones en la configuración de las relaciones jurídicas privadas. Y por ‘límites’, los frenos o controles que la configuración de las relaciones jurídicas particulares están generando en el actual contexto del derecho colombiano y global.

---

2 Conviene señalar que el conocimiento y la aplicación del Derecho presuponen la interpretación del mismo

## 1. Sobre el concepto y el método del Derecho

En primer término, y a partir de las reflexiones académicas realizadas desde hace algunos años,<sup>3</sup> se parte de la concepción del Derecho como una construcción humana de carácter político, social y cultural, integrada por una sucesión de discursos que requieren el uso de un lenguaje especializado.<sup>4</sup> Una construcción que, además, está integrada por un complejo sistema de relaciones, prácticas sociales, principios, conceptos, normas e instituciones, que resultan fundamentales para una convivencia. Considerando, asimismo, que ese sistema encuentra la necesidad de una relación constante con otras disciplinas del conocimiento social y humano, como la sociología, la filosofía, la antropología, la economía y la lingüística.

De manera que el Derecho implica una manifestación y necesidad social, donde se desarrolla una interrelación permanente entre acontecimientos, relaciones sociales, principios y normas; como lo expone Pérez Luño (1997: 41), se trata de “captar el Derecho en su entero desenvolvimiento desde su fundamentación axiológica, su génesis en las conductas sociales, su plasmación normativa, así como su aplicación y cumplimiento por los operadores jurídicos y los ciudadanos”.

Esa experiencia humana y social está conformada, en primer lugar, por los hechos o eventos, aquellos de orden natural que resultan trascendentes para el sistema jurídico y los ocurridos como consecuencia de los comportamientos humanos y las relaciones sociales. En segundo lugar, por los principios que sustentan esa construcción social, como instrumentos de organización e integración, que se explican como postulados éticos y políticos que la fundamentan y sostienen, *verbigracia* la justicia y el bien común. En tercer lugar, por las normas o preceptos normativos que regulan esos comportamientos y relaciones humanas, considerando dentro de ellas tanto aquellas que tienen un ámbito de aplicación general, como también las decisiones judiciales que tienen efectos entre las partes involucradas en el litigio y, de igual forma, las decisiones que los particulares toman en su ámbito privado, a través del ejercicio de la autonomía privada, generando normas de carácter particular.

Puede colegirse, por tanto, que el Derecho no puede ser reducido a un aspecto fáctico y normativo, existe en él un elemento axiológico, por tratarse de una elaboración social, de una construcción artificial, diseñada por los seres humanos para satisfacer unos fines e intereses específicos de convivencia. De esta manera, “las tres dimensiones o planos del derecho [social, normativa y axiológica] se

---

3 CATAÑO BERRÍO, Sandra Eliana. Autonomía privada en la transnacionalización de capitales. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010, pp.21-24.

4 Cfr. HART, H.L.A. El concepto de derecho. CARRIÓ, Genaro R. (Trad.). Buenos Aires: Abaledo-Perrot, 1962.

interfieren e implican entre sí de forma necesaria” (Pérez, 1997: 38). En igual sentido, Llamas Pombo (2009: 20), propone que el Derecho tiene una estructura tridimensional, donde “la realidad jurídica integra un aspecto normativo (el Derecho como ordenamiento y respectiva ciencia), un aspecto fáctico (el Derecho como hecho, o en su efectividad social e histórica), y un aspecto axiológico (el Derecho como valor de justicia)”.

Se considera oportuno plantear en este punto que esa idea del Derecho se desarrolla en varios espacios, que no es exclusiva de un ámbito local, regional y nacional, sino que implica una concepción global o transnacional del Derecho, aceptando, incluso en la actualidad, la intervención de nuevos agentes y nuevas relaciones que se incorporan a ese complejo sistema.<sup>5</sup>

Igualmente, para el conocimiento y aplicación del Derecho es necesario acudir a otras disciplinas, por fuera de la jurídica, como son la sociología, la filosofía, la política, la psicología, la economía, la lingüística. Es importante para el ejercicio del Derecho, y más aún para llevar a cabo una labor académica e investigativa, que el jurista esté desprevenido, abierto y dispuesto a dejarse permear por otras áreas del conocimiento. Para conocer el Derecho, acorde con la construcción compleja que éste implica, es fundamental acudir a espacios por fuera del ámbito estrictamente jurídico, para retornar de nuevo a él.

Así mismo, la labor de interpretación requiere el empleo de la argumentación, como una forma de usar ese lenguaje especializado, el jurídico, para justificar acciones y decisiones que se tomen y además como medio de persuasión en la búsqueda de acuerdos y consensos.<sup>6</sup> El mismo hecho de que el juez no puede abstenerse de tomar decisiones, de cumplir con el deber de resolver, aun frente a casos difíciles, implica que existe una ineludible labor interpretativa, que va mucho más allá de la descripción de hechos y la aplicación de un silogismo lógico, porque dicha toma de decisiones demanda también una tarea de argumentación axiológica.

De esta manera, en el estudio del Derecho, en su método o el cómo hacerlo, existe una gran aproximación entre el sujeto que conoce y el objeto conocido, debido a que dicho sujeto, sus relaciones y comportamientos, constituyen el objeto mismo de estudio de esta disciplina, frente a lo cual es difícil hablar de una total neutralidad, puesto que es parte fundamental del conocimiento jurídico la valoración a

---

5 Considerando el término global o transnacional como la presencia de unos agentes, decisiones y procedimientos que trascienden el ámbito de los Estados nacionales, que se encuentran más allá y por encima de los mismos.

6 Cfr. NINO, Carlos. Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho. Barcelona: Ariel, 1994.

través de la interpretación y la argumentación: “El saber jurídico constituye una actividad valorativa y, aún más, política, porque se trata de una constante toma de decisiones” (Vernengo, 1986: 295).

## 2. Concepciones y métodos de la dogmática actual del Derecho Privado

### I.

Para plantear las concepciones y los métodos de estudio de la dogmática del Derecho Privado, como forma de estudio característica de los iusprivatistas, es necesario tener presente que el mismo está sufriendo significativas transformaciones en el contexto colombiano actual, a partir de la consagración de un Estado Social y Democrático de Derecho, que establece la primacía de los derechos fundamentales y la protección de intereses colectivos; como también en un ámbito de economía de mercado, con la incidencia de nuevos agentes en la configuración y regulación de las relaciones jurídicas particulares, y la pluralidad de fuentes que están presentes en el surgimiento y desarrollo de estas relaciones.

Al respecto, es necesario señalar que las concepciones del Derecho Privado y sus métodos de estudio, deben incluir aspectos como los problemas sociales y económicos contemporáneos, en la consideración de valores e intereses colectivos, como también el principio general de solidaridad social, que debe irradiar la configuración y el ejercicio de las relaciones jurídicas particulares. Así mismo el abordaje del Derecho Privado, hoy día, debe hacerse de conformidad con el contexto de las realidades socioeconómicas, generadas a partir del fenómeno de la globalización económica,<sup>7</sup> con el surgimiento de nuevas fuentes y agentes de regulación, con una fuerte incidencia de aquellas que tienen un origen contractual, transnacional y empresarial, como también con las propuestas que han empezado a surgir sobre la necesidad de descodificación y unificación del Derecho Privado.

---

7 En el presente escrito se concibe la globalización como un proceso complejo, integrado por varias dimensiones, que implica un cambio en las relaciones de poder internacional y la intensificación de las dependencias recíprocas más allá de las fronteras nacionales (Beck, 1998: 77). En este sentido, la globalización envuelve diversos fenómenos, que van desde el desarrollo de nuevas tecnologías y la difusión de la Internet (globalización de las comunicaciones); pasando por el proceso de transnacionalización de los mercados de materias primas, insumos, capitales, producción y consumo (globalización económica); hasta llegar a la adopción de unos patrones culturales originados en unos pocos países y promovidos por todo el planeta (globalización cultural) (Beck, 1998; Giddens, 2000; Estévez, 2006; Gélinas, 2006).

El Derecho Privado debe ser considerado como el derecho de las relaciones jurídicas particulares, que atañen a la persona y al comercio, con la satisfacción de necesidades socioeconómicas y la autorregulación de intereses vinculados con el individuo y con el comercio, fundadas en los principios de libertad, igualdad y dignidad humana, que se expresan a través del postulado de la autonomía privada.<sup>8</sup> Teniendo presente, además, que se trata de relaciones que están ocurriendo en el ámbito de unas nuevas realidades socioeconómicas, con presencia de agentes dominantes, relaciones contractuales asimétricas, con múltiples factores, que trascienden lo estrictamente jurídico, que inciden en su regulación, interpretación y aplicación, con prevalencia de aspectos transnacionales; pero también con una necesidad de tutelar intereses y valores colectivos, de protección del más débil, cuestionando en forma permanente el papel o rol que debe jugar el Estado dentro de una economía de mercado. En este sentido debe tenerse presente lo señalado por Llamas (2009: 102) cuando manifiesta que “éste [refiriéndose al Derecho Privado] debe continuar siendo el derecho o la regulación que preserve los principios inspiradores de la vida en comunidad”.

En la Carta Política colombiana de 1991, el principio fundante del Derecho Privado, la autonomía privada,<sup>9</sup> se consagra de manera expresa, a través del reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 14); el derecho al libre desarrollo de la personalidad (artículo 16); la garantía de ejercer el derecho de asociación (artículo 38); el derecho al ejercicio de la propiedad privada “y demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles” (artículo 58) y el reconocimiento a la iniciativa privada y la libertad de empresa (artículo 333).

Al tiempo, la dogmática constitucional establece unos principios que irradian todo el ordenamiento jurídico como son la supremacía de las normas constitucionales, prevista en el artículo 4º; la primacía, protección y respeto de los derechos fundamentales e inalienables de la persona, regulada en el artículo 5º; así como el poder vinculante de la Carta Política frente a todos los poderes públicos y los particulares, previsto en el artículo 6º.

---

8 La dogmática del Derecho Privado debe incluir la regulación (normas y principios) de las relaciones más generales y cotidianas de las personas, consideradas en cuanto tal, como sujetos de derecho (Derecho Civil); como también, lo atinente a las normas y principios que regulan la actividad de los comerciantes, del empresario, en el ejercicio de su profesión, a los actos de comercio y las relaciones jurídicas derivadas de éstos (Derecho Comercial).

9 Se entiende por autonomía privada el reconocimiento a la libertad individual como potestad normativa (de dar origen a normas jurídicas de carácter particular, a través de los negocios jurídicos), poder de autorregulación de las relaciones privadas y principio general del Derecho Privado, que tiene como principales manifestaciones la libertad de contratar (de decidir si se contrata o no y con quién se contrata) y la libertad contractual (de definir el contenido o la configuración del contrato).

De este modo, el Derecho Privado no puede resultar ajeno a esta regulación constitucional y a los principios que sustentan el Estado Social de Derecho. Así como existe un reconocimiento, desde la Carta Política, al ejercicio de la potestad de autorregulación privada, también ésta encuentra allí sus limitaciones o cortapisas, que trascienden la esfera de los límites tradicionales de no disponer de las leyes imperativas y de actuar dentro del orden público, las buenas costumbres y la moral social laica, para atender en el ejercicio de esos derechos y libertades individuales al respeto de los derechos ajenos y al ordenamiento jurídico (artículo 16), al bien común (artículo 333) y al deber general de toda persona y del ciudadano de respetar los derechos ajenos y de no abusar de los propios (artículo 95), como también la prevalencia del interés general, de las funciones social y ecológica que debe tener la propiedad privada (artículo 58). De manera que, “el giro y desenvolvimiento de las relaciones jurídicas entre los particulares, no puede escapar al respeto y acatamiento de principios constitucionales y derechos fundamentales que nutren todo el ordenamiento jurídico, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 4º de la Carta” (Largo, 2010).

El desarrollo de las relaciones jurídicas particulares debe estar enmarcado dentro de un orden público, que no se reduce al ámbito político, sino que involucra también el económico y el respeto por los derechos humanos,<sup>10</sup> destacando en este aspecto la influencia del principio de la solidaridad social y la protección del más débil. La consagración de un Estado Social y Democrático de Derecho en nuestra Constitución, exige de la dogmática del Derecho Privado una especial sensibilidad frente a los intereses generales y colectivos, cuya protección ha de ser fundamental para la configuración de toda relación jurídica; esta área del Derecho no puede ser vista simplemente como un ordenamiento de los particulares cuyo centro sea los intereses individuales y opuesto al Derecho Público, a los fines e intereses de toda la comunidad (Llamas, 2009: 114). En el mismo sentido, Calderón Villegas (2010: 18), en lo que ha denominado la constitucionalización del Derecho Privado,<sup>11</sup> se refiere a “la eficacia horizontal de los derechos fundamentales como derechos subjetivos en las relaciones precontractuales o contractuales que se establecen, por ejemplo, con las aseguradoras o con las entidades bancarias”.

En relación con este primer aspecto, es posible concluir con Llamas Pombo, que “la Constitución ya no es sólo la fuente suprema del Derecho Público, sino que

10 Cfr. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-660 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.

11 El autor se refiere a la constitucionalización del Derecho Privado como un fenómeno de influencia de las cláusulas constitucionales sobre instituciones clásicas del Derecho Privado y sobre las normas que lo definen y desarrollan, incidiendo en su alcance. (Calderón, 2011).

sirve también como ley fundamental del Derecho Privado, reguladora de relaciones entre particulares, o bien con normas inmediatamente preceptivas o, más frecuentemente, con normas de dirección para la legislación ordinaria” (2009: 121). Es claro, entonces, que existe una necesidad, cada vez más urgente, de discutir y definir el papel que debe desempeñar el Estado, y más aún un Estado Social de Derecho como el nuestro, dentro de un contexto socioeconómico que origina unas tensiones constantes entre el reclamo de protección de los intereses particulares y la iniciativa privada, y la tutela efectiva de intereses sociales y colectivos, con la protección de los derechos de los usuarios o consumidores de bienes y servicios, que posibilite una adecuada intervención del Derecho Privado en la prevención y en la solución de conflictos no sólo de carácter individual o particular, sino también en la realización del interés general.<sup>12</sup>

En este punto resulta pertinente presentar algunas reflexiones sobre otro contexto que no puede ser desatendido, de modo alguno, cuando se estudia la dogmática del Derecho, en general, y del Derecho Privado, en particular; un escenario en el que además se evidencian tensiones con la necesidad, cada vez más urgente, de discutir y definir el papel que debe desempeñar el Estado Nación, a la que se acaba de referir, como también se hacen relevantes las transformaciones, nuevos límites y rupturas en el ejercicio de la autonomía privada, como postulado que fundamenta la configuración y regulación de las relaciones entre los particulares. Se trata del ámbito global o transnacional, que ocasiona un fuerte impacto en el orden mundial, latinoamericano y, por supuesto, colombiano.

Este escenario tiene relación con los efectos producidos por una economía de mercado mundial, con la presencia de agentes que actúan más allá y por encima de los Estados nacionales, como son los organismos multilaterales y supranacionales; las entidades calificadoras de riesgo e inversión; las empresas transnacionales y las agencias privadas, estas últimas financiadas, en la mayoría de los casos, por el sector empresarial, y las cuales generan parámetros y estándares de productividad, competitividad y excelencia global.

En este ámbito se están imponiendo, de forma creciente, las relaciones contractuales asimétricas, la necesidad de alianzas estratégicas para incorporarse y sobrevivir en la economía mundo; la contratación en masa sujeta a condiciones predispuestas en relación con los consumidores; la celebración de contratos “a la medida”, que atienden las necesidades e intereses de los grupos económicos, representados por las

---

12 De suerte que, los intereses de los consumidores no pueden ser observados como intereses de carácter personal o individual: “El interés del consumidor no encaja en el plano exclusivamente individual, este interés tiene una dimensión social y así debe encuadrarse en los ordenamientos jurídicos” (Arrubla, 1996: 84).

empresas transnacionales y el sector financiero, dando lugar al auge y predominio de una negociación atípica, caracterizada por una particular complejidad en el objeto o contenido negocial. Y, finalmente, la pérdida de la concepción primigenia de la buena fe o rectitud en el establecimiento de las relaciones entre los particulares.

La configuración de las relaciones jurídicas privadas, en la actualidad, se caracteriza, entonces, por la uniformidad u homogenización de los negocios, la estandarización de los contenidos contractuales, el aprovechamiento por parte del contratante más fuerte y la presencia de una compleja organización empresarial, de origen transnacional, que tiene una incidencia importante en la celebración y regulación de los negocios, tanto los que se celebran en el orden internacional como en el ámbito nacional, como también en la resolución de sus propios conflictos. Estos fenómenos, como señala Arrubla (1996: 72) no han sido aún considerados por nuestro sistema jurídico tradicional.<sup>13</sup>

Es oportuno para los efectos de la presente reflexión, desarrollar, con alguna amplitud, algunas de las características especiales propias de las relaciones jurídicas privadas en su contexto actual, esto es en el ámbito global o transnacional:

- Se está presentando la configuración de acuerdos sujetos a condiciones generales predisuestas por el contratante fuerte, que muchas veces coincide con un agente económico que tiene presencia en el ámbito nacional o, incluso, transnacional, donde la posibilidad de discusión y regulación del contenido de los mismos es mínima o, por lo general, no existe, por lo que la otra parte se limita a la adhesión en bloque a estos contenidos.
- Se trata de una negociación que se ubica en un escenario de asimetría o desigualdad entre las partes. El comercio global viene generando relaciones jurídicas en las cuales uno de los agentes goza de un poder contractual superior, poder que está determinado por diversas causas, no exclusivamente económicas, aunque se reconoce que ésta es una de las más determinantes; también se refleja un desequilibrio por aspectos como el manejo privilegiado y reservado de la información y de los conocimientos especializados.

---

13 Con esta afirmación no se pretende, de modo alguno, desconocer los importantes y valiosos trabajos que los doctrinantes colombianos han realizado en relación con instituciones, principios y categorías del Derecho Privado, que conservan total vigencia, tanto los autores clásicos colombianos, Cfr. PÉREZ VIVES, Alvaro; VÉLEZ, Fernando; VALENCIA ZEA, Arturo. Como también los contemporáneos Cfr. OSPINA ACOSTA, Eduardo; OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo; VALENCIA RESTREPO, Hernán; HINESTROSA, Fernando; BAENA UPEGUI, Mario; VELÁSQUEZ GÓMEZ, Hernán Darío, sólo por mencionar a algunos de ellos. Si no más bien, se hace referencia al gran reto que tienen los estudiosos de esta área en la producción académica relacionada con el estudio y la reflexión de los conceptos y categorías jurídicas iusprivatistas a la luz de las nuevas tendencias y del contexto en que se desenvuelve el Derecho colombiano, latinoamericano y global.

- La configuración de negocios jurídicos no sólo entre iguales, en sentido jurídico y material, sino también entre personas individualmente consideradas, se viene perdiendo o reduciendo a su mínima expresión, porque por lo general se trata de relaciones entre personas jurídicas organizacionales, en muchas ocasiones con gran poder económico, o entre el consumidor y la gran empresa, lo que conduce, a corto plazo, a la desaparición del mediano y pequeño mercado. En este sentido, la incidencia que tienen las casas matrices de las grandes empresas transnacionales, con sus equipos de abogados y de agencias privadas, en la fijación de las condiciones generales de negociación y de las prácticas que deben incorporarse a las relaciones contractuales, evidencian que el ejercicio de la autonomía privada se está convirtiendo en un asunto más de colectividades y de grupos de interés organizados, que de individuos aisladamente considerados,

En términos más generales se puede decir que hoy, por lo general, los contratos no se estipulan entre individuos, sino entre *équipes* de expertos que obran por cuenta de vastas organizaciones colectivas (trusts) y dictan las condiciones a las que deberán uniformarse las empresas adherentes al *trust* en la estipulación de los contratos con los usuarios singulares (Geri y otros, 1995: 615).

- Como una exigencia del mercado global, en orden a ser competitiva, y tener posibilidad de insertarse en el comercio global, para la gran empresa nacional es cada vez más palpable la necesidad de aceptar, frecuentemente, sin considerarlo como algo abusivo, situaciones que generan un desequilibrio, que en ocasiones rayan con la ilegalidad, y que se traducen con regularidad en una fuerte injerencia que se extiende más allá del objeto contractual; como también la obligación de celebrar alianzas o acuerdos estratégicos con los grandes conglomerados transnacionales.
- La predominancia en la contratación contemporánea de los negocios atípicos, y con la misma finalidad el auge del ejercicio de la autonomía negocial para ciertos contratantes, a través de la celebración de contratos a la “carta” o elaborados “a la medida” de las necesidades e intereses de los agentes económicos involucrados, por lo general la gran empresa, donde se presenta, por un lado, una regulación minuciosa y rigurosa de todos los detalles, todos los aspectos del negocio, lo que termina generando textos extensos y complejos, a través de los cuales se pretende garantizar, de manera exhaustiva, la satisfacción de los intereses económicos de las partes o de una de las partes de la relación contractual. En ese sentido el autor Jorge Mosset Iturraspe (1996: 91–92) al referirse a las características de la contratación comercial internacional en el contexto del sistema de economía mundial, valorando la influencia de la “contratación americana”, señala que en ésta,

[...] como no hay ley, como fuente de derechos y deberes, no existe una regulación de la parte general, las (sic) contratantes “lo prevén todo” [...] Es esa, pensamos, la tendencia fuerte en una “economía de mercado”, ajustada al capitalismo americano. Se trata de otorgar a los agentes del mercado la posibilidad de crear un sistema de Derecho objetivo [...] los contratos se convierten en “pequeños códigos privados”, que quieren preverlo todo, self regulatory agreements.

- Otra característica de la negociación atípica, dentro del contexto de economía mundial sobre el que se viene discutiendo, tiene que ver con la complejidad del objeto o contenido contractual, en orden a realizar en forma fiel los intereses de los empresarios, las necesidades de las áreas técnicas y comerciales de sus organizaciones, que no permiten equiparar el contrato o algunas de sus cláusulas con otro(s) ya regulado(s) por el ordenamiento legal, para aplicar la analogía.
- El ordenamiento jurídico termina cediendo, en ocasiones, a los aspectos de orden fáctico y a las lógicas del mercado, donde además la buena fe contractual, entendida como norma de conducta, de actuación recta, leal y honesta en el desarrollo de las relaciones jurídicas que surgen con ocasión de la celebración de negocios jurídicos, termina reducida a la sola consideración de que ésta se observa siempre y cuando se asuma un comportamiento que no implique incurrir en una actuación a todas luces ilícita. Por lo tanto, con ese sólo y extremo límite, en una negociación se ajusta al principio de la buena fe cualquier actuación por desbordada y excesiva que parezca, incluso si sobrepasa el objeto contractual o la configuración negocial, a menos que sea abiertamente ilícita o contraria a las leyes imperativas.
- Otro aspecto que es necesario destacar, dentro del contexto que se viene analizando, es el relacionado con la excesiva regulación por parte de agentes privados transnacionales, no sólo de los contenidos contractuales, de los usos y prácticas que en la celebración y ejecución de los negocios deben ser observadas, sino también a través de códigos deontológicos de conducta, buenas prácticas empresariales, relación con los clientes, parámetros de calidad, que deben ser cumplidos por las personas que con ellos contratan, y que, además, son extendidos al ámbito de la contratación nacional, con el fin de cumplir con unos estándares de calidad, productividad y eficiencia, que les permita contratar y estar inmersos en la economía mundo.
- Incluso estos agentes con presencia global han empezado a jugar un papel determinante en la regulación de los procedimientos para la resolución de las controversias que se originan, excluyendo la posibilidad para el mediano y pequeño empresario nacional, y más aún para la persona individualmente con-

siderada, usuaria de un bien o de un servicio prestado por la gran empresa, de acceder a la justicia en condiciones de igualdad, debido a que, por lo general, deben acudir a tribunales de arbitramento, que generan una mayor onerosidad y una carga más gravosa para la parte más débil.

- En tal sentido, Estévez (2006: 127), señala que en respuesta al complejo fenómeno de la globalización se han producido un conjunto de mecanismos normativos y de resolución de conflictos, de origen privado, que buscan la regulación de las transacciones del mercado global. Así también, para Galgano (2005: 67-70), en términos generales, los usos del comercio internacional están siendo “asumidos como verdaderos y adecuados usos normativos, verdaderas y adecuadas fuentes de derecho objetivo, pero de un derecho objetivo no estatal, sino supranacional”, considerando como fuentes de esa regulación, propia de los operadores económicos, los modelos contractuales creados por ciertas agencias privadas y por las empresas transnacionales, en los cuales se fijan las condiciones generales de contratación, las costumbres del comercio internacional y las decisiones de los árbitros internacionales.
- En concordancia con lo anterior, se comienza a hablar del surgimiento de un Derecho de tipo corporativo originado al interior de las compañías transnacionales, que atiende a las necesidades de éstas, a través de normas sustantivas y procedimentales (Cadena, 2004: 147). Toda una regulación que se refleja en los contratos modelo o tipo sujetos a condiciones generales de contratación, implementados por dichas empresas, como también en la disposición de algunos usos y prácticas que se incorporan a la celebración de los contratos y a su ejecución, y a la intervención de árbitros internacionales a los cuales se acude, como regla, para dirimir las diferencias que en ambientes de una economía de mercado global se presentan.

En relación con todo este panorama de la economía y el derecho transnacional, se reitera los grandes retos a los que se enfrenta el Estado contemporáneo, en la medida que debe buscar equilibrar la posición jurídica de los particulares en su actividad negocial (el interés particular que prima desde los postulados neoliberales que rigen la economía de mercado), y la tutela efectiva, no sólo de los derechos fundamentales, sino también de los bienes e intereses colectivos, atendiendo a la supremacía del interés general sobre el particular consagrada en la Carta Política.

Surge de nuevo la eterna discusión sobre cuál es el papel que debe cumplir el Estado; cómo hacer para conciliar ambos intereses sin caer en la extrema regulación y restricción de las libertades individuales, pero tampoco en una intervención de emergencia, una vez se generan las crisis ocasionadas por las actuaciones ilimitadas de los agentes privados, teniendo presente, además, que el ejercicio de la autono-

mía privada en el contexto de la economía transnacional no puede desconocer el principio de primacía del interés general sobre el particular, ni afectar la vigencia del Estado Social y Constitucional de Derecho.

## II.

En cuanto a los métodos para la regulación, comprensión y aplicación de la dogmática del Derecho Privado, es importante señalar que éstos no pueden estar basados, en forma exclusiva, en un derecho codificado, ni en fuentes de derecho interno, como también la necesidad de tomar en cuenta valores, principios y conceptos en su construcción.

De conformidad con lo desarrollado hasta el momento, es posible afirmar que el Derecho Privado no puede verse reducido a un Derecho codificado. A partir de la necesidad de apreciar intereses colectivos y de velar por el principio de la solidaridad social, deben estar presentes otras fuentes normativas como la Constitución Política, los principios y valores colectivos. Asimismo, es necesario que esta área del Derecho asuma el estudio y la comprensión de algunos contenidos como son los derechos de la personalidad, las formas especiales de la propiedad, la protección a los consumidores y usuarios, la tutela privada del medio ambiente (Llamas, 2009: 99), el papel de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación, el rol de agentes transnacionales en la regulación de esta rama, las tendencias de unificación y descodificación del Derecho Privado, de acuerdo con el contexto y las circunstancias socioculturales que se presentan. Resultando necesario establecer “el modo en que las nuevas circunstancias socioeconómicas e ideológicas afectan la vieja rama” (100).

Ahora bien, en el estudio del Derecho Privado contemporáneo debe aceptarse la presencia de nuevos agentes en la producción de fuentes de regulación, como también la pluralidad de aspectos que están interviniendo al momento de configurar las relaciones jurídicas privadas.

A este respecto, se ha venido incrementando la posibilidad de incidir y determinar el contenido de las normas jurídicas por parte de los representantes de grupos de interés afectados, limitando ostensiblemente la producción democrática de las normas, que atraviesan filtros de discusión y decisión colectivas de las personas en cuanto ciudadanos. El primer caso es lo que Estévez (2006: 104) denomina “procedimentalización” privatizadora del derecho, con el poder que están adquiriendo ciertos agentes, de forma especial las grandes empresas, a la hora de determinar el contenido de las normas jurídicas, sin pasar por los filtros democráticos tradicionales. El segundo evento, corresponde a la “procedimentalización” democratizadora

que resulta seriamente afectada con la intervención creciente de estos agentes particulares con presencia transnacional.<sup>14</sup>

Este fenómeno está abriendo paso a una privatización de la producción jurídica, que conduce a todo un replanteamiento no sólo del papel del Estado, de su soberanía, sino también del ejercicio de la libertad negocial, con el poder que están asumiendo ciertos agentes en la determinación del contenido de los negocios jurídicos, en la alteración de la estructura misma de esas relaciones contractuales y en los diversos aspectos que influyen en la celebración de éstas, que conlleva a todo un cuestionamiento sobre el ejercicio de la autonomía privada, al reconocer un mayor poder normativo a los particulares, específicamente para los agentes que dominan el sistema, de modo que, los procesos de privatización y desregulación generados por la globalización de la economía

Se traducen en una mayor fuerza reguladora reconocida a la “autonomía privada” (negrilla fuera de texto), desembarazada de muchos de los límites que una economía prescindente o un Derecho invasor habían venido creando. Es mucho menor “lo creado” por el legislador y mayor lo reconocido como ámbito exclusivo de los particulares (Mosset, 1996: 18).

En igual sentido, Galgano (2005: 111) considera que a la autonomía privada, a través de la celebración de negocios jurídicos, se le abren unas puertas antes insospechadas, al señalar que, “el contrato era, en su concepción clásica, el instrumento para componer intereses privados. Hoy el contrato entre particulares toma el lugar de la ley en muchos sectores de la vida social”.

Es necesario advertir que en la actualidad están interviniendo una diversidad de factores que determinan la configuración negocial, haciendo complejo el ejercicio de la potestad de autorregulación privada. Tomando como referente a Boaventura de Sousa Santos (2002) con la teoría de la pluralidad de campos sociojurídicos, en el contexto de la globalización económica se presenta el desarrollo de acciones sociojurídicas en tres espacios, el local, el nacional y el transnacional. De esta forma, al momento de configurar relaciones contractuales, y mucho más con la presencia de actores transnacionales que dominan la economía de mercado global, se deben reconocer aspectos que trascienden el ámbito jurídico; las decisiones de agentes exógenos como los gremios, las organizaciones supraestatales, entidades multilaterales, empresas transnacionales e instituciones financieras internacionales.

---

14 Sostiene este autor que la procedimentalización que se ha dado con mayor intensidad, en el escenario de la globalización económica, ha sido la privatizadora, a partir de la actuación de organismos como la Cámara de Comercio Internacional, de agencias privadas financiadas por el sector empresarial y, por supuesto, de las empresas transnacionales (Estévez, 2006).

les; como también, las dinámicas del sistema económico, donde las relaciones contractuales pueden obedecer cada vez más a las lógicas de los mercados que a la intencionalidad de los sujetos.

En consecuencia, y retomando a Sousa (91), en este contexto se cuenta con la presencia de “una nueva forma de pluralidad de órdenes jurídicos: campos jurídicos constituidos por lógicas de regulación relativamente desconectados y altamente discrepantes, que coexisten en el mismo sistema jurídico estatal”. Están confluendo, en una misma unidad de acción político jurídica, una diversidad de factores que implican una transformación en la configuración y ejecución de las relaciones jurídicas entre particulares, presentándose una pluralidad de campos sociojurídicos, puesto que no se puede atender exclusivamente a asuntos jurídicos, sino también a aspectos de orden fáctico que trascienden las normas tradicionales y la misma intención de las partes.

Con lo dicho, la realidad del comercio global está desbordando la normativa existente, el Derecho está quedando corto ante las necesidades y las lógicas del mercado transnacional, donde se empieza a observar el predominio de unos criterios uniformes, que no están consagrados en norma alguna pero que son incorporados a las negociaciones; como también, la creación de una normativa y unas reglas, que tienen origen en las empresas transnacionales y en las agencias privadas, a través de las condiciones generales de contratación, los estándares contractuales, los usos y las prácticas que se van incorporando a todas las relaciones contractuales, incluso a aquellas que tienen origen y regulación en el derecho interno. Donde, además, se vienen impulsando ideas de descodificación y unificación del Derecho Privado, para atender las necesidades del mercado global.<sup>15</sup>

Se puede afirmar, entonces, en relación con las formas de acercarse al conocimiento, comprensión, interpretación y aplicación de la dogmática del Derecho Privado, que no basta con acudir a las normas jurídicas tradicionales, de un derecho codificado, sino también a unos principios, unos valores y la misma normativa constitucional. Al tiempo que se requiere realizar una lectura crítica de las realidades y las circunstancias que están teniendo lugar en unos contextos nacionales y globales, que ponen en juego a otros actores y nuevas dinámicas en la regulación de las relaciones jurídicas privadas, que no necesariamente son el producto de una creación democrática.

Lo anterior, implica el empleo de unas metodologías complejas, integradoras y de carácter plural, en el estudio y en los procesos de enseñanza-aprendizaje de la

---

15 La descodificación corresponde a una idea de obsolescencia de la regulación realizada mediante los códigos, dando paso al surgimiento de un derecho supranacional. A su vez, la unificación corresponde a un proceso mediante el cual se reemplazan las leyes nacionales por otras comunes a varios países. (Alterini, 2011: 148).

dogmática del Derecho Privado, que involucren la comprensión de los contextos en que se está ejerciendo el derecho con una multiplicidad y complejidad de realidades sociales, políticas, económicas, históricas y culturales que tienen lugar en Colombia y en el mundo.

Por una parte, un escenario con la presencia de los grandes conglomerados empresariales, que incorporan en la negociación interna una serie de prácticas, usos y parámetros que se emplean en la contratación comercial internacional con las corporaciones transnacionales, promoviendo, al tiempo, una estandarización y homogenización en la negociación, celebración y ejecución de los negocios jurídicos internos. Como también la necesidad, cada vez más creciente, que tienen las empresas nacionales de celebrar acuerdos o alianzas estratégicas con estas compañías globales, con el fin de insertarse a la economía mundial, con el ánimo de ser competitivos, productivos y, finalmente, alcanzar los estándares de excelencia global.

Por otra parte, la urgencia de continuar estudiando las categorías, conceptos y principios de la dogmática del Derecho Privado, en el contexto de un país integrado por un alto porcentaje de personas desposeídas y desarraigadas, en situación de alta vulnerabilidad, lo que demanda la protección de los derechos de los más débiles, como consecuencia de un sistema social, político y económico que ha posibilitado la concentración de la riqueza, la violencia generalizada durante muchas décadas y la incesante lucha por el poder.

Se requiere de la presencia de un Derecho vivo y social, que atienda, entre otras, las problemáticas relacionadas con la restitución de tierras en los procesos de reparación a las víctimas del conflicto armado interno; la protección de los pequeños y medianos productores, también sometidos a la estandarización y cumplimiento de parámetros globales, en los procesos de contratación y ejecución de los negocios; la defensa del consumidor y de la persona aisladamente considerada, en sus relaciones contractuales con los grandes conglomerados empresariales, sin posibilidad de discutir y negociar, con una contratación en masa y de adhesión a unas condiciones generales de contratación; como también la reflexión permanente sobre otras prácticas sociales, que se ubican por fuera del derecho, que procuran así mismo la satisfacción de las necesidades socioeconómicas y la autorregulación de intereses.

De esta forma, se hace indispensable que en la enseñanza-aprendizaje del Derecho Privado, se empleen unas metodologías que partan de las lecturas de los diversos contextos y la importancia de acudir a otras disciplinas sociales para comprender los diferentes fenómenos que están aconteciendo, con la pluralidad de campos sociojurídicos (Sousa, 2002) determinados por múltiples factores, no reducidos a lo jurídico, sino también influenciados por el sistema político, social, económico, histórico y cultural del país, que empiezan a estar altamente permeados, de igual for-

ma, por un factor transnacional o global. Lo que conduce a una lucha constante por decidir qué es el derecho y quiénes dan ese derecho, en esos diferentes escenarios.

Para concluir, es posible advertir que más que hablar de una crisis del Derecho Privado lo que se está viviendo es una serie de transformaciones del mismo en el contexto político, económico y social contemporáneo, que conducen a un cuestionamiento constante sobre su verdadero papel, sus dinámicas, las formas de regular, conocer y aplicar el mismo, en un escenario de tensiones permanentes entre el interés general y el particular, entre el campo jurídico nacional y el transnacional. Donde el jurista y el estudioso de esta disciplina tienen un gran reto, en el sentido de conciliar dichas tensiones y procurar encontrar, de ser posible, el equilibrio entre la protección a la iniciativa privada y el amparo del interés general.

### Bibliografía

- ALTERINI, Atilio Anibal. Treinta estudios de Derecho Privado. Primera edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, Editorial Temis, 2011, pp. 75-96, 148-202.
- ARRUBLA PAUCAR, Jaime. Las transformaciones en la contratación y la Constitución de 1991. En: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas (U.P.B), Medellín. N° 097, (Dic. 1996): pp. 55-112.
- BECK, Ulrich. ¿Qué es la Globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización. Barcelona: Paidós, 1998, pp. 25 – 33, 45 – 98.
- CADENA AFANADOR, Walter René. La nueva lex mercatoria. La transnacionalización del derecho. Bogotá: Universidad Libre, 2004, pp. 67 – 148.
- CALDERÓN VILLEGAS, Juan Jacobo. La constitucionalización del Derecho Privado. La verdadera historia del impacto constitucional en Colombia. Bogotá: Editorial Temis, 2011, pp. 5-36.
- CATAÑO BERRÍO, Sandra Eliana. Autonomía privada en la transnacionalización de capitales. Medellín: Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010, 192 p.
- CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Sentencia C-660 de 1996. Magistrado Ponente: Carlos Gaviria Díaz.
- ESTÉVEZ ARAÚJO, José Antonio. El revés del derecho. Transformaciones jurídicas en la globalización neoliberal. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2006, 159 p.
- GALGANO, Francesco. La globalización en el espejo del derecho. ROITMAN, Horacio y DE LA COLINA, María (Trad.). Santa Fe (Argentina): Rubinzal– Culzoni, 2005, pp. 13 – 85, 105 – 126, 169 – 209.

- GÉLINAS, Jacques B. El monstruo de la globalización. Desafíos y alternativas. PARRA, Jorge (Trad.). Medellín: Hombre Nuevo Editores, 2006, pp. 23 – 107, 127 - 151.
- GERI, Lina; BRECCIA; Umberto; et. al. Derecho Civil, Tomo I, vol. 2. Hechos y actos jurídicos. HINESTROSA, Fernando (Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1995, pp. 608 – 671.
- GIDDENS, Anthony. Un mundo desbocado. Los efectos de la globalización en nuestras vidas. Cifuentes, Pedro (Trad.), Madrid: Taurus, 2001, 117 p.
- HART, H.L.A. El concepto de derecho. CARRIÓ, Genaro R. (Trad.). Buenos Aires: Abaledo-Perrot, 1962, 332 p.
- LARGO TABORDA, Adriana. Tensión entre los principios de la autonomía privada y la buena fe en la contratación privada contemporánea. Medellín: Informe final del trabajo de Maestría en Derecho, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, 2010, Universidad de Antioquia (en proceso de publicación).
- LOS MOZOS, José Luis de. Derecho Civil, método, sistemas y categorías jurídicas. España: Civitas S.A., 1988, pp. 15-39, 129-145.
- LLAMAS POMBO, Eugenio. Orientaciones sobre el concepto y el método del derecho civil. Segunda Edición. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas, 2009, 215 p.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. Como contratar en una economía de mercado. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 18 – 27, 75 – 123.
- NINO, Carlos. Derecho, moral y política. Una revisión de la teoría general del derecho. Barcelona: Ariel, 1994, 199 p.
- PÉREZ LUÑO, Antonio – Enrique. Teoría del Derecho, una concepción de la experiencia judicial. Madrid: Tecnos, 1997, pp. 19 – 45.
- SOUSA SANTOS, Boaventura de. La globalización del derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación. Rodríguez, César (Trad.), Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, p. 37 - 115.
- VERNENGO, Roberto. *Ciencia Jurídica o técnica política: ¿Es posible una ciencia del derecho?* En: Revista Doxa, No. 3, 1986, pp. 289–295. [http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/cuaderno3/numero3\\_18.pdf](http://bib.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/02406177433793617422202/cuaderno3/numero3_18.pdf) [consultada por última vez el 21 de septiembre de 2011].





Autor: Joaquín Mario Murillo  
Título: Fuego en el bosque  
Técnica: Óleo a espátula  
Dimensión: 56 x 150 cm  
Año: 2010  
Propietario: Albeiro Florez Villa

## ***LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN UN MARCO TRANSFORMADOR\****

---

\* Este texto constituye un informe de algunos de los Hallazgos de la Investigación “Conflictos de familia y mediación. La mediación, un mecanismo idóneo de intervención para el tratamiento o la transformación de los conflictos de familia: el caso del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia”.

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2012

Fecha de aprobación: 18 de junio de 2012

## LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN UN MARCO TRANSFORMADOR

*Miguel Ángel Montoya Sánchez\*\**

*Isabel Puerta Lopera\*\*\**

### RESUMEN

La mediación de conflictos es un tema poco conocido en Colombia. Tal vez el mayor protagonismo lo ha tenido con su inclusión en el Código de Procedimiento Penal como una de las herramientas de justicia restaurativa. Más escaso aún, es el tema de la *Mediación Transformadora* propuesta por Baruch Bush y Folger como enfoque eficaz en la producción de transformaciones personales y sociales. Este artículo reúne ambas temáticas: evidencia algunos aspectos generales de la mediación, destaca lo que se entiende por mediación sus características, principios, límites y alcances, para luego referirse a la mediación transformadora en el ámbito familiar, identificar sus fundamentos, el procedimiento, el rol del mediador y el potencial que entraña su implementación en el caso de los conflictos familiares. La mayor aspiración del escrito es la coadyuvar en la difusión de este método Alternativo de Resolución de Conflictos y su posicionamiento como una fórmula de justicia co-construida que trasciende el ámbito privado y permite el empoderamiento, como ciudadanos, de los actores en disputa, dados los alcances que se deducen de su implementación en el terreno de lo social, de lo político y lo cultural.

**Palabras clave:** Mediación, mediación familiar, rol del mediador, mediación transformadora, procedimiento de mediación transformadora.

### ABSTRACT:

### THE FAMILIAR MEDIATION IN A TRANSFORMER FRAMEWORK.

The familiar mediation is a little-know issue in Colombia. May be biggest the leadership that has been received after the inclusion in the Procedural Penal Law how tool of the restorative justice. More scarce is the issue, the *transforming mediation* proposed by Baruch Bush and Folger like an effective scope in the production of social and personal transformations. This paper brings together the two thematic: shows some general aspects of the mediation, stands what is meant for the concept of transformative mediation, the characteristics, the principles, the procedure, the mediator's role and the potential of that involves the implementation in the familiar conflict cases. The greatest aspiration of this work is to contribute is the diffusion of this alternative dispute resolution method and the positioning like a formulate of "co-constructive" justice that transcends the private ambit and permits the empowerment, like citizens, the actors in dispute, binged the scopes, deduces by the implementation in the social, polític, cultural location.

**Key Words:** Mediation, familiar mediation, mediator's role, transforming mediation, procedure of transforming mediation.

\*\* Abogado, Especialista en Derecho de Familia y Magister en Derecho de la Universidad de Antioquia. Profesor Asociado de la misma Universidad. Coordinador del Área de Derecho de Familia de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Miembro del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad de la Universidad de Antioquia. Investigador Principal de la Investigación referida en el presente escrito.

\*\*\* Abogada, profesora, integrante del Grupo de Investigación Derecho y Sociedad de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Co-investigadora de la referida Investigación. E mail: ipuerta09@gmail.com.

# LA MEDIACIÓN FAMILIAR EN UN MARCO TRANSFORMADOR

## Presentación

En cumplimiento de los objetivos de la investigación “Conflictos de familia y mediación. La mediación, un mecanismo idóneo de intervención para el tratamiento o la transformación de los conflictos de familia: el caso del Consultorio Jurídico de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia”, se presentan algunas reflexiones acerca de la mediación, escritas en “versión libre”, con la pretensión de contribuir a dar un norte a este trabajo en la medida en que se accede a un enfoque predeterminado —el transformador— se establecen sus elementos, principios, características y metodología, se coteja con el trabajo de campo y se atiende a la hora de los análisis finales para contrastar, lo que el modelo o enfoque establece, lo que la realidad confronta o valida y los aprendizajes derivados de la experiencia.

La estructura del escrito permite acceder, en primer lugar, a algunos aspectos generales de la mediación que ambientarán los específicos de la mediación familiar con enfoque transformador; además, en forma analítica, se arrimarán al texto algunos hallazgos de la investigación.

Se advierte al lector que aunque hay cabal comprensión de que la mediación cuenta con limitaciones y que no es una fórmula mágica que resuelve todas las situaciones conflictivas en la familia o en cualquier otro ámbito, estas líneas —exentas de ingenuidad— van más orientadas a ponderar sus atributos, a evidenciar su potencial y, tal vez, a dejar preguntas para que quienes la miran con escepticismo puedan releerla de otra forma y se den la oportunidad, por lo menos, de ponerla a jugar en el abanico de opciones para acceder a la justicia, para contribuir a la democratización de la sociedad y a la reconstrucción del lazo social y, en todo caso, se quiere acompañar la pretensión de agregar elementos a la discusión que suscita la implementación de los MARC —la mediación como uno de ellos— en Colombia.

## 1. LA MEDIACIÓN, ASPECTOS GENERALES

La mediación es un proceso autocompositivo, de negociación asistida, donde un tercero sin facultades para decidir, acompaña a las partes en conflicto en asuntos como la generación de confianza, el surgimiento o fortalecimiento de la relación, la promoción del trabajo colaborativo y la instalación de procesos comunicacionales, todo ello orientado, de manera general, a la búsqueda de acuerdos construidos desde su querer y en beneficio recíproco.

Así, hablar de mediación es referirse a una forma de justicia co-construida, coordinada, no adversarial, apoyada por un tercero y enriquecida por los aportes y creatividad de las partes que en clave de colaboración mutua, se encausan hacia el logro del bienestar. Dicho de otra manera: la mediación permite abrir espacios de gestión de los conflictos entre sus actores, quienes autorizados por el Estado, fundamentados en la autonomía de la voluntad y la buena fe, están facultados para arribar libremente y de forma negociada a fórmulas de acuerdo nacidas de la dinámica de la palabra, de la posibilidad de intercambiar argumentos, de la voluntad de asumir compromisos y de la comprensión de que en el esquema gana-gana es factible que tanto los intereses propios como los del otro salgan airoso sin necesidad de renunciaciones, sin olvidar, eso sí, que tales salidas no pueden ir en contravía de las normas jurídicas.

Constituye un implícito de la mediación, el que las partes se encuentren en una relación horizontal que les permita un intercambio como *interlocutores válidos*, lo cual presupone el reconocimiento de la condición de humanos, iguales en dignidad, el respeto por el otro y la optimización de la diversidad.

Aludir a la expresión *no adversarial* significa que aunque cada uno de los actores del conflicto mantenga durante la mediación sus intereses en alto, no niega espacio a los intereses del otro y se ubica frente a él como un colaborador con quien sinérgicamente trabaja en la búsqueda de un acuerdo que represente un nuevo escenario que trascienda positivamente a aquel que los condujo al conflicto.

Pero es también aludir al poder que sin ser simétrico, se redistribuye entre los actores que participan en la negociación y los empodera para la toma consciente y razonada de decisiones que, desde el fluir dinámico del proceso incorporan, en muchos casos, elementos de formación política y transformación en las relaciones sociales y en las personas mismas que, necesariamente y de a poco, irán incidiendo en la sociedad entera.

La mediación es una oportunidad para reconocerse en el otro como un igual, para mirarlo como un colaborador en vistas del conflicto que los liga y que los hace

corresponsables de su gestión. Ver al otro como un colaborador no es tarea sencilla cuando las partes están ligadas por el conflicto, situación más propicia para verlo como un extraño, un monstruo, un enemigo, alguien que desestabiliza y causa malestar, percepciones estas que terminan por justificar la estigmatización, la exclusión e inclusive el exterminio, como formas de violencia que, de suyo no le corresponden al conflicto, pero que se pueden ir incorporando en su escalada, a veces irreversible.

Desde otra perspectiva, hablar de mediación es referir a una forma de ser y estar en el mundo: forma dialogal que promueve la apertura mental, da un lugar al disenso, permite la construcción de pensamiento divergente y la descentración de las propias ideas, porque el humano es un ser de relaciones que debe, continuamente, asumir el reto de escuchar, de intercambiar percepciones, de reconocer la valía de los otros argumentos y opiniones y de aceptar las propias limitaciones, aunque tenga la certeza, también, de las contribuciones que hace.

Desde un aspecto más englobador, la mediación se constituye en un aporte a la cultura de paz, en la medida en que se asuma el conflicto desde un punto de vista positivo y transformador y se apropien de fórmulas para gestionarlo excluyendo las violencias.

A manera de síntesis de estas ideas puede decirse que la facultad de resolver los conflictos con que cuenta el Estado es cedida en parte a los ciudadanos, en un escenario privado donde se les permite, en igualdad de condiciones, tomar decisiones que inciden en sus vidas, que son determinantes para futuros encuentros en la medida en que el proceso de mediación se haya cumplido desde la filosofía del reconocimiento del otro, de la valoración de la diversidad, de la buena fe y del empoderamiento de todos los intervinientes, pues se habrá producido un espacio de encuentro donde elementos democráticos cobran fuerza y de a poco, se irá generando una cultura de paz, pues la palabra tendrá ya su lugar de privilegio en las relaciones humanas y se entenderá la importancia de las posturas dialogales como generadoras de bienestar, viejo anhelo de los humanos que a veces parece inalcanzable.

Las reflexiones que anteceden no eximen, sin embargo, de una ubicación de la mediación desde el punto de vista teórico como uno de los mecanismos alternativos de resolución de conflictos —MARC— cuyo origen les establece ya una limitación en la medida en que el espíritu que animó su activación en el mundo fue el de evitar el colapso de la justicia ordinaria y, por lo tanto, el derrumbamiento de uno de los pilares del Estado de Derecho. Se acudió, entonces, a medidas conducentes a atender, la cada vez más creciente, demanda de justicia de los ciudadanos referida, en muchos casos, a la garantía de los derechos sociales y económicos que inicialmente no hacían parte de aquellos de los que se ocupaban los operadores de

la justicia (Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio, 2001). Se hizo necesario, entonces, encontrar otras fórmulas de justicia que atendieran las “pequeñas causas” y descongestionaran el aparato judicial para dar cabida a aquellos conflictos considerados más relevantes para el derecho referidos, casi siempre, a los de índole económica.

De este modo, figuras como la conciliación y la mediación comenzaron a ocupar un lugar en el logro de este objetivo, lo cual explica que estas formas negociadas de gestión de conflictos ingresen al ámbito de la *justicia para pobres* de la que echan mano, casi siempre, los desposeídos, quienes no cuentan con ingresos mínimos para acudir al aparato jurisdiccional y cuyo asunto conflictivo, puede decirse, es considerado de poca monta para el derecho, dejando a la deriva situaciones de conflicto que erosionan el tejido social y van ganado en magnitud, resquebrajando las relaciones, inhibiendo la cohesión social, abriendo un boquete a las violencias y desdibujando la solidaridad entre los humanos. Desde esta perspectiva, los MARC son poco atractivos; muchos de ellos no cuentan en la sociedad con un presupuesto y una estructura mínima que los soporte y sus resultados, en términos personales y sociales, no parecen ser del interés público (Santos, Boaventura de Sousa y García Villegas, Mauricio, 2001).

## 2. CARACTERÍSTICAS DE LA MEDIACIÓN FAMILIAR

- *Competencia del mediador*: alude a las habilidades, aptitudes y actitudes que debe poseer el mediador para acompañar de manera eficaz el proceso de mediación, es decir, para lograr los resultados que corresponden a cada uno de sus enfoques. La formación del mediador se hace indispensable en la actualidad donde escasean o son menos visibles los líderes naturales que, sin ninguna formación académica ni entrenamiento específico en mediación, realizaban esta labor en sus comunidades, con lujo de competencias.

El mediador debe prepararse para asumir este compromiso y su competencia genera confianza a las partes. Las competencias del mediador deben darse en aspectos de desarrollo humano; en elementos sociales, políticos y de contexto; en habilidades y técnicas para emprender el proceso de negociación asistida pero, también, en asuntos éticos que ha atender de manera prioritaria pues debe evitar la violación de las reglas consensuadas entre los intervinientes, las violencias en la mesa de negociación, los desequilibrios de poder que dejen a una de las partes en manos de la otra, su injerencia indebida en la toma de decisiones e inclusive otras actitudes suyas que atenten contra la neutralidad e imparcialidad en el proceso.

- *Voluntariedad*: a la mediación se acude por deseo, por voluntad propia de las partes para hacerlo. Hay diferentes momentos del proceso en que la voluntariedad puede evidenciarse para una o todas las partes: al elegir este mecanismo como fórmula de gestión del conflicto, cuando una vez iniciado el proceso, hay decisión de retirarse de la mesa de negociación o a la hora de suscribir el acuerdo, pues las partes pueden abstenerse de hacerlo.

También el mediador puede declinar y manifestar su deseo de retirarse de la mesa por cualquier situación personal o del proceso mismo pero, en este caso, su compromiso ético le exige aclarar a las partes las razones de su decisión.

La violencia o coacción de cualquier índole, desnaturaliza esta característica del proceso de mediación.

Marinés Suares (2003, 32) alude a la voluntariedad señalando que se refleja en la mesa de negociación en que "...ambos participantes deben ser agentes y responsables de las consecuencias de su participación y reconocerse mutuamente en esta situación".

Una situación particular que tiene que ver con este aspecto, se presentó en la mediación No. 1 (M1) de la investigación<sup>1</sup>: uno de los intervinientes —el hijo— dijo sí a la mediación pero mantuvo durante todo el proceso una postura corporal que desdecía de su manifestación expresa de hacerse parte; la información que aportó fue escasa y de poca calidad; su actitud fue escéptica; al momento de negociar los acuerdos, hizo compromisos en los que no parecía haber convicción y, efectivamente, en el seguimiento, fue claro que no cumplió con lo acordado sin que se sepan las razones de su omisión, pues abstuvo de acudir al encuentro programado para estos fines. Es de aclarar que los mediadores estuvieron pendientes de confirmar su deseo de ingresar o continuar en mediación pero la respuesta verbal fue

---

1 La mediación No. 1 (M1) se realizó con una familia conformada por el padre, la madre, un hijo, el menor de la familia, de 18 años de edad, una hija, la mayor, con un compañero permanente y un hijo de siete años, todos ellos conviven bajo el mismo techo, en una casa muy pequeña de solo dos habitaciones ubicada en un barrio de estrato dos de la ciudad de Medellín. Son los padres quienes solicitan la mediación preocupados porque han entrado en conflicto con su hijo porque abandonó los estudios y dice estar dedicado a trabajar esporádicamente en construcción, pero se ausenta en las noches, a veces amanece en la calle y dice que estaba trabajando, cuenta con amigos poco recomendables al decir de sus progenitores y en el interior de la familia, se producen frecuentes choques entre el hijo y su cuñado pues afirma no estar de acuerdo con la forma en que están criando al niño y señala, además, que desde que ellos llegaron, la atenciones son para el sobrino y el quedó relegado a un segundo plano. Adicionalmente, mantiene confrontación frecuente con el padre porque se siente maltratado y a esto se agrega su incomodidad al tener que compartir la habitación con sus padres.

siempre positiva. Esto constituye un gran aprendizaje porque, tal vez con los indicios mencionados, lo mejor hubiera sido dar por terminada la mediación.

- *Informalidad*: esta característica le imprime un sello propio a la mediación y le da posibilidades con las que no cuentan otras formas de gestión de conflictos, ni aún la misma conciliación que, en Colombia, ha sido exhaustivamente reglamentada y por ello cada vez está más formalizada y cercana al lenguaje y al hacer judicial. Aunque la mediación cuenta con un procedimiento o metodología que depende del enfoque que se asuma, esta ritualización no desvirtúa la característica de la informalidad. De manera sencilla la informalidad de la mediación significa que, a diferencia del tratamiento judicial de una pretensión, en el desarrollo del proceso de mediación las partes pueden devolverse a algunas de las fases si sienten que se requiere para lograr cerrarla adecuadamente, por oposición a los principios de eventualidad y preclusión en el proceso judicial; que pueden elegir el mediador, el sitio para el encuentro de mediación, la hora, la duración de la sesión y el número máximo de encuentros que quieren; que los acuerdos no requieren elaboración escrita; que no pueden las partes ni el mediador —en sentido probatorio estricto— aportar, decretar, practicar y valorar pruebas; que no existen formas preestablecidas para mostrar los avances del proceso o dirigirse al mediador o a las partes y, que éstas se encuentran en igualdad de condiciones y así debe notarse en la evolución de cada encuentro.
- *Interdisciplinariedad*: para configurar el discurso de la mediación intervienen muchas disciplinas que aportan al enriquecimiento de su puesta en escena y a los resultados mismos del proceso. A manera de ejemplos se enuncian algunas: la *Antropología* que permite mayor comprensión de la condición humana; la *Ciencia Política* para explicar el mapa de relaciones de los actores del conflicto, las implicaciones de la cesión parcial de la atribución del Estado de resolver los conflictos de los ciudadanos, el fenómeno del poder y sus incidencia en la mesa de negociación; el *Derecho* para establecer los límites de la mediación y consignar la prohibición de negociar derechos fundamentales, irrenunciables o que exceden la órbita de los derechos de las partes; la *Comunicación Social* para determinar aspectos como los alcances de la interlocución válida, la capacidad de escucha, las herramientas de la escucha, los elementos de la argumentación, la acción comunicativa; la *Filosofía* para aportar contenidos de justicia y para desentrañar interrogantes en torno a la maldad o bondad intrínseca de los seres humanos; la *Psicología* que aclara aspectos que tienen que ver con la personalidad de los intervinientes, sus motivaciones íntimas, las

emociones, sentimientos y las formas en que los regulan; la *Sociología* para explicar las nociones de orden, caos, armonía, violencias, conflicto, sociedad.

- *Oralidad*: la mediación privilegia la palabra hablada. Los encuentros de mediación se mueven e impulsan con palabras, la voz de los actores se escucha en este escenario y sus resultados, a veces no valorados suficientemente, pueden llegar hasta la transformación de la relación y aún de los seres humanos que comparten estos espacios. La palabra, rasgo de lo humano, humaniza la mediación y se alza con contundencia como herramienta que tiende puentes y acerca las diferencias o, por lo menos, las hace más comprensibles para las partes: es la oportunidad de decir cómo se sienten, cómo perciben el conflicto que los liga, que aportarían para darle salida y a qué se comprometen. Por esta característica, los acuerdos logrados en mediación no tienen que consignarse por escrito.

En la M1 se presentaron formas diversas de verbalizar el conflicto entre los actores: mientras los padres estaban en el lugar de la queja, aconsejaban al tiempo que reprendían, esbozaban su preocupación por la situación, hacían notar sus desvelos para que el hijo estuviera bien y lo instaban a estudiar y a pensar en el futuro, el hijo estaba parco en sus expresiones, con poca capacidad de escucha, usando ciertos términos muy propios del lenguaje de los jóvenes, con dificultades para organizar un discurso completo, todo lo cual dificultaba la comunicación como espacio de encuentro.

- *Confidencialidad*: lo que sucede en mediación se reserva a ese espacio, se queda allí, no admite circulación pública. Como uno de los mayores compromisos éticos de las partes y del mediador, los intervinientes no están autorizados para divulgar los contenidos del encuentro de mediación lo que genera confianza y permite optar, con menos temores, por esta forma de gestionar conflictos.

En algunos países donde se ha establecido la mediación por vía normativa —en Colombia esto sucede solo por excepción— se exige, como supuesto del proceso de mediación, que los participantes suscriban un acuerdo de confidencialidad.

Una implicación de esta característica es que, si las partes no logran el acuerdo y optan por el proceso judicial, el material informativo que se usó en los encuentros de mediación no puede ser aportado como prueba.

La confidencialidad de la mediación admite una excepción: cuando en alguno de los encuentros el mediador conoce de la ocurrencia de un delito o de su posibilidad, debe denunciar la situación a la autoridad competente.

En M1 había un interés manifiesto del hijo porque se mantuviera en reserva la información que se iba a producir en la mediación; insistía en que no quería que

saliera de ese espacio, inclusive se le pidió autorización para filmar la sesión a fin de que pudiera ser usada posteriormente con fines didácticos y no accedió.

- *Revelación de conflicto de intereses:* el mediador que ha sido designado por las partes debe dar a conocer su imposibilidad de actuar en tal calidad, si ha tenido relación previa con una de las partes que pueda dar lugar a romper la neutralidad o la imparcialidad o en el caso de que tenga intereses en los resultados de la mediación porque el conflicto de alguna forma lo involucra. Esta característica podría equivaler, con las debidas apropiaciones al proceso de mediación, a las causas de impedimento y recusación previstas para funcionarios que conocen y deciden pretensiones en sede judicial o administrativa.
- *Fortalecimiento de la autonomía:* el mediador debe buscar, permanentemente, el empoderamiento de los actores para que sean capaces por ellos mismos de encontrar las salidas al conflicto, puedan comprometerse con los acuerdos logrados y estén dispuestos efectivamente a cumplir esos compromisos. Esta característica es menos enfatizada en algunos enfoques de mediación como en el de la *Resolución de Problemas* donde el mediador es muy directivo y puede tener injerencia en la de forma en que se definen las situaciones, porque su meta es el logro de acuerdos; igual sucede en el proceso judicial, heterónimo por naturaleza.

En la mediación transformadora, por el contrario, el fortalecimiento de la autonomía de las partes cobra gran fuerza pues se parte del supuesto de que las partes, así como fueron capaces de ligarse por el conflicto, son capaces de asumir la salida, beneficiosa para ambas: la autonomía, en este caso, es rasgo predominante.

- *Respeto por la persona y por la cultura:* la mediación se fundamenta en la dignidad humana y ésta asume a los humanos como iguales por su naturaleza de tales, por lo tanto dignos de reconocimiento y respeto. En ningún caso, los encuentros de mediación pueden usarse para coartar la libertad del otro o agredir su integridad física o moral. La mediación siempre debe estar enfocada hacia el bienestar de los actores del conflicto.

En cuanto a la cultura, una de las reglas de oro de la negociación de conflictos señala que debe haber respeto por las formas culturales, el entorno y las fórmulas a las que tradicionalmente han acudido las partes integrantes de una comunidad específica para gestionar sus conflictos. Por ello, un negociador —el mediador lo es— debe conocer tales condiciones culturales.

Uno de los ejemplos más paradigmáticos de esta característica lo constituye el proceso de mediación establecido entre los indígenas Wayuu (habitantes del norte de Colombia y Venezuela), quienes la han instalado como parte de su

formación, desde tempranas edades y la extienden prácticamente por toda la vida. *El Palabrero* —pütchipü— tiene un lugar propio entre los Wayuu, goza de prestigio y credibilidad y a él se acude cuando se presenta un conflicto entre integrantes de esta comunidad. Los niños son entrenados en el respeto a la palabra y en el conocimiento, en extenso, de su cultura (Ardila Calderón: 1992).

- *Seguridad personal y protección frente al riesgo*: el mediador debe asegurarse que tanto las partes como él, están protegidos contra cualquier situación que eventualmente los ponga en peligro. Al preparar la mediación, y en el transcurso de los encuentros, tiene que sopesar las condiciones para determinar, en un momento dado, si es menester suspenderlos o darlos por terminados. Si inesperadamente se produce algún acontecimiento de riesgo, el mediador debe acudir a las autoridades competentes para salvaguardar su integridad y la de los otros. Los hechos de violencia no son extraños a los encuentros de mediación cuando el conflicto ha sufrido una escalada considerable, así que el mediador debe ponderar y hacer un análisis completo de la situación para evitar efectos dañinos.
- *Enfocada al futuro*: la mediación transformadora tiene como uno de sus fundamentos el que las partes no deben anclarse en el pasado, que éste les servirá, en mediación, para comprender mejor las situaciones actuales y para crear escenarios que lo rebasen y les aporten mayor bienestar.
- *Énfasis en intereses mutuos*: el enfoque de mediación que se propone asume el esquema gana-gana, lo cual lleva a decir que no es preciso ni necesario que uno de los actores en conflicto renuncie a parte o todos sus intereses en favor del otro. Todas las partes en conflicto pueden ganar; durante los encuentros de mediación el tercero mediador tendrá buen cuidado de lograr que cada una de las partes comience a tener en cuenta no solo su punto de vista, sino también el del otro, en el logro de los intereses a los que cada una aspira y de aquellos que los involucran por igual.

### 3. ALGUNOS ENFOQUES DE MEDIACIÓN

A pesar del consenso de la existencia de elementos que son de la naturaleza misma de la mediación, se hallan algunos enfoques que muestran diferencias en cuanto a los objetivos que pretenden, al rol que cumple el mediador o a los alcances de la intervención. El siguiente cuadro nos permite, en apretada síntesis, recoger algunos de tales enfoques y mostrar sus características más relevantes, así como el nombre de los autores que los promocionan:

Modelo	Características	Autor(es)
Negociación por intereses o modelo acordista	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Su intención es lograr acuerdos; todos los esfuerzos del mediador se encaminan a este resultado, que mide el éxito de la negociación.</li> <li>- La comunicación es lineal.</li> <li>- Las emociones o el factor relacional son relevantes en la medida en que apoyen la producción de los acuerdos.</li> <li>- Es una negociación por principios no por posiciones y enfatizan en ser “duros con el problema, suave con las personas”.</li> </ul>	Roger Fisher, William Ury, Bruce Patton
Analítico o de esquema analítico	<p>El mediador:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Se analiza y analiza, desde lo psicológico, el conflicto y las partes involucradas a partir de lo expresado por éstas, para comprender con mayor precisión y profundidad sus posiciones y las propias. - Centra su atención en lo que existe “por debajo” de lo que manifiestan las partes, es decir, sus temores, intereses, frustraciones y traumas.</li> <li>- Trabaja en el entendimiento propio y en el del uno por el otro; en la comprensión de cada participante de los motivos y razones más profundas de sus respuestas, aportando al autoconocimiento, que puede ayudar a flexibilizar el encuentro.</li> <li>- El énfasis de su trabajo no está en lograr acuerdos sino en analizar estos aspectos que facilitan y crean condiciones para el proceso de mediación.</li> </ul>	Howard Raiffa

Modelo	Características	Autor(es)
Circular- narrativo	<ul style="list-style-type: none"> <li>- La comunicación es entendida como un todo: elementos verbales, corporales y gestuales que dan cuenta de la forma de relación entre las partes en conflicto.</li> <li>- Existe en el conflicto una causalidad de tipo circular que permanentemente se retroalimenta.</li> <li>- Es tarea de la mediación, <i>construir una historia alternativa respecto del conflicto</i>, distinta a la que cada parte trae consigo, hacer una lectura que permita a todos los participantes, ver el conflicto desde otro ángulo.</li> <li>- El énfasis está en reflexionar sobre el conflicto y modificar el significado que cada una de las partes le otorga al mismo, para posibilitar el logro de acuerdos.</li> </ul>	Sara Cobb
Transformativo	<ul style="list-style-type: none"> <li>- Se fundamenta en la <i>revalorización propia y en el reconocimiento del otro</i>; dicho de otra manera, en la dignidad humana.</li> <li>- Parte de la comunicación como espacio de encuentro intersubjetivo.</li> <li>- Presta atención a la relación.</li> <li>- Busca empoderar a las partes como protagonistas de su propia vida.</li> <li>- Les reconoce a las partes protagonismo sobre el conflicto y sobre su gestión.</li> <li>- La autonomía de las partes se reconoce en la imposibilidad del mediador de proponer acuerdos.</li> <li>- Busca la transformación de las relaciones, de los actores y de la sociedad.</li> </ul>	Joseph P. Folger y Robert A. <i>Baruch Bush</i>

#### 4. MEDIACIÓN TRANSFORMADORA

Las características y alcances de este enfoque de mediación, que a continuación se reseñan, explicarán las razones por las cuales la investigación se adscribió a este marco conceptual.

Robert A. Baruch Bush y Joseph P. Folger, los autores de este enfoque de mediación, lo asumen enmarcado en cuatro escenarios posibles de mediación que denominan *historias*, optando en últimas, por la historia de la transformación:

- *Historia de la satisfacción*: le otorga a la mediación un lugar para satisfacer las necesidades humanas auténticas de las partes, por sus características de flexibilidad informalidad, voluntariedad, por no estar atada a límites legales, por su posibilidad de reorganizar el poder y evitar desequilibrios, por su dimensión colaborativa en la gestión del conflicto, por los bajos costos, no solo económicos sino también emocionales, por la reducción del gasto público y por el aporte a la descongestión de los despachos judiciales (cf. Baruch Bush y Folger: 1996, 40-41).
- *Historia de la justicia social*: la mediación ofrece un modo eficaz de organizar a los individuos alrededor de intereses comunes y permite crear vínculos y estructuras comunitarias más sólidas; disminuye la dependencia de los organismos del Estado, muchas veces lejanos al ciudadano, y fortalece la autoayuda y las estructuras de base comunitarias pues da lugar a la organización de comunidades de intereses que se fortalecen a partir de coincidir en intereses y sentirse más empoderados y menos inermes frente al otro con quien se hallan en conflicto; genera consciencia acerca de las problemáticas que les son comunes y ayuda a promover la justicia social y la ciudadanía activa (la mediación utilizada en la gestión de los conflictos ambientales, es un buen ejemplo).
- *Historia de la opresión*: la mediación puede agravar los desequilibrios de poder, puede instalar la fuerza y la manipulación por parte del más fuerte y el mediador, asumido desde la neutralidad, permitirá que tal cosa suceda, lo cual rompe la idea de justicia en el resultado, incrementa el poder, produce acuerdos cerrados, completamente desequilibrados y victimiza, en no pocas ocasiones, a la parte débil.
- *Historia de la transformación*: la mediación se asume como una contribución a la autodeterminación de las partes, al aumento del grado de consciencia acerca de la competencia para dar salida a sus problemas; le reconoce a las partes "...la capacidad y la voluntad de obtener madurez moral", la capacidad de comunicarse, de ser creativos en la búsqueda y optimización del potencial

que poseen para resolver sus problemas, y así aumentar su capacidad para afrontarlos. La mediación se asume como una forma no adversarial de gestión de conflictos que genera un espacio privado donde hay lugar a la comprensión mutua, al relacionamiento entre las partes y al logro de la preocupación por los problemas del otro (cf. J.P. Folger Et al, 1996: 63-137).

Dicen los autores citados que la historia de la *transformación se produce, en los individuos*, porque el ser humano podrá dejar de lado sus miedos, inseguridades, egoísmo y actitud defensiva para cultivar la empatía, la descentración y la confianza; y, *en la sociedad*, porque se cambia la visión del otro como enemigo y, del estado de guerra entre los intervinientes, se produce un movimiento hacia las redes de colaboración, hacia la configuración de aliados (J.P. Folger Et al, 1994: 47). Agregan que la respuesta ideal a un conflicto es la que ayuda a transformar a las partes como seres humanos; destacan la bondad intrínseca de las personas, lo que en definitiva, dicen, transforma la sociedad.

Los pilares en los que se apoya la mediación transformadora y los parámetros para medir el éxito de esta negociación —*la revalorización propia y el reconocimiento del otro*— no pueden entenderse como el desconocimiento de la importancia de la satisfacción de las necesidades humanas de las partes.

- *Reconocimiento del otro*: la actitud defensiva en la mesa de negociación es apenas natural y se deriva de la relación conflictiva de las partes: la hostilidad, la agresión, la desconfianza, surgen como consecuencia de tal actitud, porque el yo se siente amenazado y no hay lugar para el otro en este marco de preocupaciones propias, de cada una de las partes. Así,

“El ser humano posee unas potencialidades que cimientan su humanidad que se reconocen también en el otro. El reconocimiento ayuda a la persona a construir su identidad, en tanto que comparte con los otros la calidad de ser perteneciente al mismo género. Es la relación dialógica con el otro lo que permite establecer la propia identidad y depende en gran medida del reconocimiento para fortalecerla o para proyectar una imagen inferior o humillante, a tal grado que corra el riesgo de internalizarse... uno de los aspectos más importantes del reconocimiento, ... es la implementación de la *solidaridad* en la medida en que cada ser humano debe apoyar a los otros para que logren potenciarse como tales y desplegar su libertad” (Builes Builes Et al, 2009: 125).

El mediador tiene el compromiso de generar una atmósfera que conduzca al reconocimiento el cual se evidencia cuando las partes comprenden que su participación en la mesa trasciende la de resolver la propia situación, que cada una es capaz de considerar la condición del otro y apreciar las dificultades por las

que atraviesa y, cuando se sienten más seguras y por lo tanto están más listas para descentrarse y dejar de pensar exclusivamente en sí mismas.

El mediador puede evidenciar un cambio positivo hacia el reconocimiento cuando advierte que las partes incluyen el punto de vista que no es el propio; son capaces de percibir al otro de una forma diferente y así se lo hacen saber; manifiestan su interés de atenderlo en sus experiencias y actuar en consecuencia, o sea, buscar una salida satisfactoria para ambas; son capaces de disculparse por haber pensado lo peor de aquel con quien están en conflicto y haber buscado represalias. (Cf. J.P. Folger Et al, 1996: 143).

En el trabajo de campo realizado en la investigación es muy evidente la demanda de reconocimiento de las partes: en M1, el hijo manifiesta su malestar al sentir que —a pesar de que él es el niño de la casa— no es tomado en cuenta porque la atención de sus padres y su hermana se ha volcado hacia su sobrino. Dice que las manifestaciones de afecto de la madre, que eran expresas y frecuentes, se han vuelto esporádicas y señala que recibe su rechazo cuando intenta hacerlas, porque la madre no admite acercamientos. Es tal vez el asunto en el que más énfasis hace el hijo. Vale destacar que esta familia ha tenido una historia donde los lazos son fuertes, las relaciones respetuosas y, en general, ha habido afecto y solidaridad entre ellos, según lo que emerge en la mediación.

En M3<sup>2</sup>, la cónyuge se lamenta de que su marido la considera una inútil, que no le sirve nada de lo que ella hace, a pesar de que se esfuerza demasiado por ser una buena madre y esposa. Dice que las divergencias de opinión en la crianza del hijo, no significan que sea ella quien está equivocada y que él no puede seguir pensando que siempre tiene la razón en lo que dice o hace.

El marido, a pesar de que reconoce que ella es una buena madre, paradójicamente le recrimina asuntos que estarían contradiciendo sus palabras y que están haciendo notar, efectivamente, su falta de reconocimiento. Durante todo el proceso la cónyuge ha pedido ser tenida en cuenta, ser valorada como persona, no ser juzgada en cada decisión que toma.

---

2 El encuentro de mediación No. 3 se realiza con una pareja con seis años de casados que tienen un hijo de 20 meses de nacido. Las dificultades surgidas en la relación han pasado del conflicto hasta las violencias verbal y física (agresiones mutuas). El problema que configura el conflicto es complejo: tiene que ver con las formas de comunicación que se han establecido, plagadas a veces de silencios considerados ofensivos y descalificadores; las relaciones establecidas con la madre de la cónyuge, que parece intervenir demasiado en la vida de la pareja, con las pautas de crianza que no logran consensuarse y a veces van en direcciones opuestas; con la vida sexual entre los cónyuges que se ha suspendido a pesar de los intentos de acercamiento de la cónyuge y, en fin, con un agotamiento progresivo de la relación que ambos ven como irreversible.

El equipo de investigación destaca el que estos asuntos se muestren tan relevantes en las relaciones familiares y que signifiquen casi reivindicaciones para las partes en la fase de producción del acuerdo, cuando aparentemente son de poca monta.

Ha habido, sin embargo, lugar para el reconocimiento en ambas experiencias: en M1 los padres reconocen al hijo el ser muy respetuoso con ellos, el trato delicado que les brinda, y las manifestaciones espontáneas de afecto que hace a la madre. En M3, ambos cónyuges reconocen en el otro su calidad de buen padre o madre. Es más: ella señala que su cónyuge es un hombre juicioso y responsable y, al principio de la relación, muy cariñoso, atento y lleno de detalles muy valiosos, pero que los ha ido perdiendo con el tiempo.

En este enfoque, el conflicto permite desarrollar y demostrar respeto y consideración mutuos, apoya el ejercicio de la autodeterminación y la confianza en las propias fuerzas (cf. J.P. Folger Et al, 1994: 131) y el encuentro de mediación da oportunidad de reconocer las perspectivas ajenas.

- *La revalorización propia*: se produce cuando las partes en mediación tienen conciencia de su propia valía, de los aportes que pueden hacer al proceso y de su contribución a los contenidos del acuerdo. La revalorización permite que las partes amplíen y aclaren la comprensión de la situación y de sus metas e intereses; les hace ver sus opciones para el acuerdo; estar seguras de su capacidad de decisión y responder por las decisiones que toman; ser conscientes de la voluntariedad del proceso o sea conocer cabalmente que su permanencia en la negociación depende exclusivamente de su querer y voluntad (cf. J.P. Folger Et al, 1994: 136). Con la revalorización *los autos* se ponen en funcionamiento y así, se fortalecen la autoconsciencia, el autoconcepto, la autodeterminación la auto-valía, y la autonomía, aunque se presenten dificultades y restricciones externas para dar salida a la situación (cf. J.P. Folger Et al, 1994: 138).

Algunas de las partes en M1 y M3 se perciben con problemas para avanzar hacia la propia revalorización, parecen contar con dificultades de autoestima que los hacen ver, en oportunidades, como inseguros y vacilantes frente al otro. Los mediadores aprovechan las oportunidades de reconocimiento para que vayan resituándose y hacen preguntas abiertas para que se produzca información en la mesa que dé lugar a visibilizar sus fortalezas como seres humanos y sus aportes a la negociación.

Revalorización y reconocimiento se imbrican y la dinámica de la mediación debe permitir oportunidades para lograr esta imbricación, que conduzca a formas más positivas de verse y de ver al otro.

## 5. PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN TRANSFORMADORA

La mediación transformadora cuenta con un procedimiento que en su desarrollo depende, en mucho, de la dinámica relacional de las partes y de los temas que traigan a colación. Se caracteriza por ser bastante informal y por exigir del mediador una gran concentración para estar pendiente de las perspectivas que las partes alleguen a la mesa.

El proceso incluye una ambientación a la llegada de las partes, la explicación del proceso y sus alcances, el apoyo para el reconocimiento y la habilitación y las oportunidades para lograrlos (como un ejercicio constante del mediador); las partes hacen comentarios, formulan preguntas y afrontan decisiones. Se estrecha, de a poco, el ámbito de discusión de acuerdo con los temas que se van agotando; el mediador interviene para ampliar la discusión y crear un campo más amplio de oportunidades de habilitación y reconocimiento. Se pueden o no lograr los acuerdos parciales o totales. De manera cíclica se va produciendo este ejercicio, con los diferentes tópicos que van emergiendo.

Por lo menos tres momentos, que deben combinarse en interacción dinámica, pueden distinguirse en este procedimiento: *microenfocar los movimientos de las partes* de tal manera que logren mayor comprensión del conflicto y lo que significa para ellos; *alentar la reflexión y la adopción de decisiones* y así escudriñar en sus argumentos e interrogantes; *promover la aplicación de perspectivas*, es decir, “explorar activamente los enunciados de cada parte buscando posibilidades que permitan que cada una considere la situación o el yo de la otra” (cf. J.P. Folger Et al, 1996: 158-288).

## 6. ALGUNOS DE LOS ROLES DEL MEDIADOR EN LA MEDIACIÓN TRANSFORMADORA

Los mediadores deben cumplir un papel muy activo en los siguientes aspectos:

- Consultar el interés de las partes de iniciar o permanecer en el proceso de mediación.
- Trabajar con los enunciados que ellas formulan.
- Mantener el conflicto y las salidas en manos de sus protagonistas, porque se asume que son autónomos y por lo tanto capaces para gestionarlo en beneficio mutuo.
- Alentar a las partes a reflexionar deliberar, definir los problemas y buscar sus propias salidas.

- Aclarar las opciones y señalar las coyunturas decisivas.
- Evitar la formulación de propuestas.
- Explorar activamente los enunciados de las partes buscando posibilidades que permitan que cada una considere la situación del yo de la otra. (Cf. J.P. Folger Et al, 1996: 158).
- Reinterpretar, traducir, reformular los enunciados de la partes destacando oportunidades de reconocimiento, sin forzarlas.
- Promover cierto impulso a los encuentros de mediación maximizando el logro de los objetivos de revalorización y reconocimiento.
- Promover el reconocimiento alentando el aprovechamiento de las perspectivas, siempre que surge oportunidad de hacerlo (cf. J.P. Folger Et al, 1994: 286-287).
- Realizar diálogos por separado (caucus o sesiones privadas) para ayudar a las partes a aclarar sus necesidades y metas, a identificar y evaluar sus decisiones y a que establezcan la conveniencia de ciertas opciones.
- Mantener una postura reactiva, pues nunca se sabrá cuál será el próximo movimiento de las partes, hacia dónde se encaminan las cosas, o cuál es el problema a resolver, porque todo depende de las contribuciones de las partes.
- Abstenerse de una práctica excesivamente directiva, sin llegar a la pasividad, pues debe realizar, cada vez que haya oportunidad, una intervención positiva.

## CONCLUSIONES

La investigación ha permitido refrendar las varias razones que movieron la decisión del equipo de investigación de optar por el enfoque transformador en mediación: porque va en consonancia con la Carta Política colombiana, de carácter antropocéntrico, y por tanto fundamentada en la dignidad humana; porque quiere ponderar la importancia del reconocimiento de todos los miembros de la familia, asumidos como iguales en dignidad aunque cumplan roles diferentes y algunos dependan de los otros; porque se interesa por el empoderamiento de los actores y la aceptación de la propia valía, porque hace conciencia acerca del aporte de cada uno de los integrantes del grupo familiar, en el mantenimiento de la unidad y la armonía de la familia, aunque sean adversas las circunstancias por las que ésta atraviese; porque parte del paradigma que asume la bondad intrínseca de los seres humanos y hace una contribución al desarrollo de la autonomía, máxima aspiración del proceso de desarrollo humano y, porque se enfoca hacia la transformación de las personas,

de las relaciones y de la sociedad, dando un horizonte de sustentabilidad a tales transformaciones, lo cual, sin duda, va generando un entramado de paz.

El trabajo de campo realizado en la investigación ha permitido un aprendizaje constante a los mediadores, ha puesto de presente la complejidad de la mediación, el respeto que deben observar por los actores del conflicto en el sentido de acompañarlos pero sin intervenciones indebidas, y de estar atentos a la orientación y contenido que las partes vayan dando a los temas.

El actuar de los mediadores indicó que estuvieron pendientes de fortalecer el empoderamiento continuo; mantener el equilibrio en la mesa; lograr la comprensión de los actores de su responsabilidad individual, y como integrantes de la familia, en los resultados del proceso y de que entiendan que el éxito de la negociación lo establecen las transformaciones que se gesten en este escenario con independencia de la producción de acuerdos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ARDILA CALDERÓN, GERARDO (1992): *El lugar de la palabra* En: Colombia. Cuestionario De Auto-Reflexión. ISSN: 0121-9987 p. 15C - v. 28383.
- BARUCH BUSH, ROBERT Et al (1996): *La promesa de mediación. Cómo afrontar el conflicto a través del fortalecimiento propio y el reconocimiento de los otros*, Granica, Barcelona
- BUILES BUILES, LUIS FERNANDO Et al (2009): *¿Acciones afirmativas o reconocimiento?* En: *Abriendo espacios flexibles en la escuela*. Medellín: L. Vieco e Hijos Ltda. Pp. 119- 126.
- FISHER, ROGER Et al (1995): *Sí..... ¡de Acuerdo!* .*Como negociar sin ceder*, Editorial Norma S.A.
- MUNUERA GÓMEZ, PILAR (2007): *El modelo circular narrativo de Sara Cobb y sus técnicas*, Portularia. Revista de Trabajo Social, VII (1-2). pp. 85-106. ISSN 1578-0236.
- RAIFFA, HOWARD (1996): *El arte y la ciencia de la negociación*, Fondo de Cultura Económica.
- SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA Y GARCÍA VILLEGAS, MAURICIO (2001): *El caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Tomo I, Colciencias, Ediciones Uniandes, Centro de Estudios Sociales. Universidad de Coimbra, Instituto Colombiano de Antropología e Historia, Universidad Nacional de Colombia, Siglo del Hombre Editores.
- SUARES MARINÉS (2003): *Mediando en sistemas familiares*, Paidós SAICF., Buenos Aires.



Autor: Joaquin Mario Murillo

Título: Dendrobates

Técnica: Óleo a espátula

Dimensión: 90 x 60 cm

Año: 2008

## ***LA VERDAD Y LA JUSTICIA PREMIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO***

Fecha de recepción: 30 marzo de 2012

Fecha de aprobación: 24 de mayo de 2012.

## LA VERDAD Y LA JUSTICIA PREMIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

*Yeison Manco López\**

### RESUMEN

La justicia premial es un modelo que irrumpe en Colombia y tiene antecedentes en la figura del *plea bargaining* estadounidense. En la justicia premial se encuentran dos discursos acerca de la verdad en el Derecho Penal que se inscriben en concepciones filosófico-jurídicas diversas; Por un lado, se encuentra el consensualismo de la verdad que pretende llegar a acuerdos participativos y en igualdad de condiciones; por el otro, se encuentra un modelo sistemático de garantías que epistemológicamente retoman la verdad como correspondencia.

Este trabajo trata de realizar un examen de la justicia premial a la luz de ambas concepciones filosófico-jurídicas para precisar si esta puede o no inscribirse en alguna, o si, por el contrario, posee su propia concepción de la verdad.

**Palabras clave:** verdad, justicia premial, consensualismo, correspondencia.

### THE TRUE AND THE REWARD JUSTICE IN THE COLOMBIAN PENAL PROCEDURE.

### ABSTRACT

The reward justice is a model that brakes in Colombia and has antecedents in the figure of U.S the plea bargaining. In the reward justice finds two discourses about the truth in the penal law that inscribes in many philosophical-juridical conceptions; by one side, find the consensualism of true that pretends to approach a participative in agreements in equal conditions; by the other side, finds a systematic model of guaranties that takes the truth epistemologically like a correspondence.

This paper tries to make an exam of the reward justice under the light of the both philosophical-juridical conceptions to clarify if this could or not to inscribe in any, or if, by the other way, has his own true conception.

**Key Words:** Truth, Reward Justice, consensualism, Correspondence.

---

\* Abogado, Universidad de Antioquia. Artículo elaborado como estudiante en formación en el proyecto *La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa*, inscrito por el profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo como investigador principal, en el Sistema Universitario de Investigación, Universidad de Antioquia. E-mail: ymancol@gmail.com

# LA VERDAD Y LA JUSTICIA PREMIAL EN EL PROCESO PENAL COLOMBIANO

## INTRODUCCIÓN

La inquietud sobre el tema surge a partir de la lectura de varios textos con similares concepciones de la verdad en el Derecho, esto llevó a construir la parte filosófica del proyecto *La relación de causalidad en la valoración de la prueba en la responsabilidad médica administrativa*, inscrito en el Sistema Universitario de Investigación de la Universidad de Antioquia. En esta investigación se pudo advertir que la concepción de la verdad de cada teoría jurídica, contiene la esencia de sus planteamientos y posteriores desarrollos lógico-sistemáticos y argumentativos, de modo que un ejercicio enriquecedor es ocuparse de describir la lucha ardua y permanente de estas concepciones por imponerse como concepción general de la verdad<sup>1</sup>.

Estas reflexiones son trivializadas con frecuencia y se desdeña su importancia epistemológica y metodológica para ayudar al juez y a las partes a resolver los conflictos de una manera racional.

Por el contrario, el trabajo de investigación que dio origen a esta inquietud por la verdad en la justicia premial, se preocupó por recrear la pregunta de la verdad de una manera vital, es decir, inmersa en las prácticas y problemas que acarrea esta.

En un primer momento, se preguntó por cuál concepción de verdad se podría encontrar en la justicia premial. No obstante, el obstáculo inicialmente encontrado fue la diversidad de concepciones que se tienen frente a esta, tanto en el derecho penal, como en las ciencias en general. Por tal motivo se debió cambiar el enfoque del trabajo, dejar de abordar el tema de la verdad, para encargarse más bien, de los distintos discursos existentes sobre ella.

---

1 Es imprescindible aclarar que en el presente texto se toma el marco teórico y epistemológico de la investigación referida para aplicarlo a un problema diferente. Las distintas teorías de la verdad presentes en los diversos campos del Derecho son originariamente desarrollos que han tenido lugar en la Filosofía y que posteriormente se han trasplantado a la teoría jurídica, razón por la cual el presente texto se desarrolla desde los aspectos epistemológicamente problemáticos sobre la verdad en un campo específico, la justicia premial.

Afrontar el problema de la verdad es afrontar el problema de la diversidad de verdades que se han manifestado; la verdad como desvelamiento, la verdad objetiva, la verdad absoluta, la verdad subjetiva, la verdad como consenso, la verdad como correspondencia, entre otras, no son más que discursos sobre la verdad, algunos de los cuales, serán expuestos y confrontados para intentar advertir sus principales características, similitudes y diferencias.

Los cambios del concepto comprenden diversas concepciones, puntos de vista, aspiraciones de integralidad como de parcialidad, continuidades y discontinuidades, similitudes, diferencias, grados, antecedentes, contradicciones, lenguajes y poderes, normas y hechos; por tal motivo, y dada la finitud de los esfuerzos y la extensión del tema, este trabajo no puede ser más que una aproximación.

Con dichas claridades, se reorientó el estudio hacia la identificación de las concepciones de verdad con las cuales se encontraba relacionada la justicia premial en el Derecho Penal Colombiano, advirtiendo básicamente, que tal justicia se relacionaba con una concepción de verdad como correspondencia que pervive en nuestras instituciones de Derecho Penal, y con una concepción negocial, aparentemente consensualista, que alcanza a ser hegemónica con la imposición del sistema acusatorio<sup>2</sup> de tipo estadounidense; ambas inmersas en el debate entre garantismo y eficientismo penal.

Lo que se intenta a lo largo del texto es examinar la justicia premial desde las premisas de la tradición liberal del derecho penal y de la teoría consensual de la verdad para comprobar si esta resiste la aplicación de las mismas. En este punto es donde se inicia la incertidumbre y el esfuerzo por estudiar una institución penal con criterios propios.

El texto se desarrolla en tres partes: la primera es la exposición y ubicación de la justicia premial a partir del estudio de la figura del *plea bargaining* estadounidense y de las figuras premiales implementadas en el sistema penal colombiano; la segunda se enfoca en la descripción de las teorías de la verdad relacionadas con la justicia premial y el análisis de esta a la luz de sus planteamientos, concretamente las teorías de la correspondencia de tipo semántico propuesta por Luigi Ferrajoli y la consensual que se identifica con algunos planteamientos del neopragmatismo,

---

2 Es pertinente hacer la distinción entre el modelo de proceso acusatorio, como metodología del proceso, que comprende la división entre quien acusa y quien juzga, y que en su expresión primigenia, contempla las características de la igualdad de derechos y poderes entre acusador y acusado, la libertad personal hasta la condena, la publicidad del procedimiento, la pasividad del juez al recoger las pruebas de cargo o descargo, la continuidad de los actos y la síntesis de todo el procedimiento, y, el sistema acusatorio específicamente estadounidense con su justicia premial.

y, la tercera, se encarga de hacer una crítica de la justicia premial, el eficientismo procesal y su manera de definir la verdad. Por último, se dan algunas conclusiones sobre el tema.

Para este texto se utilizó un método descriptivo con el fin de exponer las diversas concepciones de la verdad, y una parte crítica o problematizante frente a las implicaciones de la verdad negociada.

En lo metodológico se partió de la lectura y fichaje de textos sobre justicia premial, epistemología del derecho y derecho penal, para ello se consultaron fuentes primarias y secundarias, entre ellas, algunos artículos especialmente enriquecedores sobre el *plea bargaining* en los Estados Unidos. La última y más preciada herramienta metodológica que se usó fue el diálogo y la reflexión con los profesores y en las aulas de clase, con ellos se llegó a moldear y orientar esta reflexión, construirla en medio del diálogo fue lo más importante; por tal motivo, este texto, excusando las limitaciones que pueda tener, es un pequeño agradecimiento a su ayuda.

## 1. EL *PLEA BARGAINING* Y LA JUSTICIA PREMIAL

Se trata aquí de ubicar el concepto de justicia premial en su significado y en su contexto, más específicamente en su modelo estadounidense, el *plea bargaining*, y la irrupción de su lógica en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para empezar, se encuentra que el concepto de justicia premial refiere una idea consistente en hacer uso de premios y castigos con diversos fines, entre los cuales se encuentran los de estimular la confesión, delación y terminación anticipada del proceso. Esta forma de justicia considera que es posible que a través de tales prácticas, se llegue a un negocio que permita “ahorrarse el juicio” y elaborar un acuerdo que defina la responsabilidad penal.

Nótese que uno de los instrumentos de justicia premial más comunes y antiguos es la política de recompensas. Este instrumento se constituye en una parte importante de la política criminal para el combate del delito y en una figura dirigida a estimular la delación para poder dar inicio a la persecución penal. No obstante, existen otras figuras premiales que se dan ya en el estadio del proceso, que pretenden definir de manera previa al juicio la responsabilidad del imputado, de modo que este renuncie a tal garantía y obtenga rebajas para su pena por la colaboración o confesión de la culpabilidad.

En el procedimiento continental de origen inquisitivo, el juez tiene como tarea la búsqueda de la verdad material, la persecución penal es un asunto público en el

que se resta cualquier capacidad para que las partes interfieran en tal búsqueda, en consecuencia, se le otorgan amplios poderes al juez para que eche mano de la prueba de oficio con el fin de esclarecer los hechos. Allí hay una aplicación fuerte de la legalidad y la obligatoriedad que tiene la fiscalía para perseguir todos los delitos sin acudir a ningún tipo de negocio con el presunto criminal.

La práctica de la prueba y la determinación de la sentencia, por tanto, no pueden ser reemplazadas por el reconocimiento formal de la culpabilidad del acusado (Schünemann, 2002, p. 290). Por otro lado, se encuentra que el sistema adversarial es un sistema en el cual las partes construyen el proceso, son dueñas de las pruebas y el juez funge como una suerte de árbitro que no busca el esclarecimiento de los hechos y la verdad material, sino el equilibrio, de suerte que desdeñada la búsqueda de la verdad, es admisible, en principio, que las partes hagan acuerdos que serán respetados por el juez.

Esto no quiere decir que las figuras premiales o el *plea bargaining* sean propias del sistema anglosajón del derecho penal. Su compatibilidad con el sistema de precedentes no es algo tan claro, ni tan esencial como quiere mostrarse algunas veces. Ya desde 1877 en los Estados Unidos algunos jueces advirtieron la incompatibilidad de esta figura con un sistema adversarial, para estos la negociación era “difícilmente distinguible de una venta directa de la justicia (...) - mientras el litigio era – la prueba más segura de esta” (Alschuler, 1979, p. 21).

El *plea bargaining* es una figura de justicia premial que aparece en el sistema penal de los Estados Unidos desde finales del siglo XIX, aplicándose de manera gradual hasta alcanzar una práctica generalizada para la década de los 50 del siglo XX (Cf. Friedman, 1979, p. 247-249).

La figura hace parte de una visión transaccional que riñe con el principio de estricta legalidad del sistema de derecho penal continental inquisitivo y con la búsqueda de la referida verdad material en el proceso. Por consiguiente, existe en el proceso la oportunidad de disponer de la acción penal en cabeza de la fiscalía, órgano que depende directamente del ejecutivo en los Estados Unidos<sup>3</sup>.

El *plea bargaining* permite hacer una negociación entre fiscalía e imputado para obtener de este una confesión de culpabilidad a cambio de ciertas ventajas (De Diego Diez, 1999, p. 24).

---

3 En Colombia el principio de oportunidad como la manera de suspender, interrumpir o renunciar a la acción penal, se somete a la regulación de la ley y el control judicial; por el contrario, el principio dispositivo de la acción penal en el sistema anglosajón es casi absoluto y con precarios o nulos controles.

Un primer elemento de este instrumento de justicia premial es la confesión de culpabilidad llamada *guilty plea*, por medio de esta el reo se declara conforme con los cargos que se le imputan durante la audiencia previa al juicio oral.

En la práctica, esta confesión de culpabilidad toma tres formas básicas: una confesión voluntaria o no influida – *voluntary or uninfluenced plea* – para los casos en los que la culpabilidad es evidente; una confesión estructuralmente inducida – *structurally induced plea* – cuando la ley prevé una pena más grave para quien insiste en el juicio; y una confesión negociada – *negotiated plea* – en la cual el acusado o su abogado acuerdan con la fiscalía sobre el delito, la pena a aplicar o ambos (p.35).

Es la última de las formas de aceptación de culpabilidad la que corresponde al *plea bargaining* en tanto significa un acuerdo transaccional entre fiscalía e imputado en el que se decide sobre la condena (*sentence bargaining*<sup>4</sup>) sin alterar los cargos originales o sobre los cargos (*charge bargaining*<sup>5</sup>), permitiendo al fiscal alterar la acusación luego de confesar la culpabilidad.

Schünemann precisa que la figura del *plea bargaining* constituye una nueva forma de procedimiento que al principio se usó sin la aprobación del legislador y los tribunales, hasta que llegó a ser reconocida en la mayoría de los Estados y avalada su constitucionalidad por la suprema corte de los Estados Unidos (Schünemann, 2002, p. 289).

Esta práctica se dio hasta la década de los 60 del siglo XX sin regulación de ningún tipo. El tribunal supremo de los Estados Unidos en el caso *Brady vs United States*, y posteriormente el departamento de justicia con los *principles of federal prosecuties* introdujeron las primeras regulaciones a tales negociaciones (De Diego Diez, 1999, p. 44-47).

En estas el juez tiene prohibida su participación, no obstante, es él quien puede aceptarlas o no luego de verificar dos requisitos, a saber, la voluntariedad y exactitud de las mismas.

La voluntariedad designa una confesión libre de promesa, coacción o amenaza, con el conocimiento de sus implicaciones y claridad de aquello por lo que se acusa; tal requisito, por supuesto, no considera los premios y el ofrecimiento de rebajas

---

4 Puede consistir en hacer una recomendación benévola al juez para la sentencia, no oponiéndose a la que haga la defensa o absteniéndose de realizar una recomendación desfavorable (De Diego Diez, 1999, p.42).

5 El *charge bargaining* permite que el fiscal sustituya el delito imputado por uno menos grave y retire o desista de todos o algunos de los cargos formulados. La sustitución por cargos menos graves se da siempre y cuando se trate de un delito relacionado, no obstante algunas veces se declara culpable por un delito distinto al cometido (De Diego Diez, 1999, p.43).

o beneficios como constreñimientos de tipo positivo; la exactitud de la confesión hace referencia a que esta debe contener los hechos, debe ser claro que el acusado cometió un delito por lo menos de la gravedad del que confiesa, ya que se parte de la idea de que normalmente el delito más grave no se puede probar.

El papel de la fiscalía y sus poderes en la configuración de una negociación son muy importantes. Se le otorga una amplia discrecionalidad para la imputación de cargos – discrecionalidad incompatible con la estricta legalidad del sistema continental -, y, además, cuenta con el instrumento de la negociación para definir anticipadamente la culpabilidad y la pena, factores que en el sistema continental son por esencia elementos a definir en el juicio.

Las razones para emplear el *plea bargaining* y para otorgar los referidos poderes a la fiscalía son varias, por ejemplo, la rapidez para resolver los procesos, la protección a la sociedad de los acusados inclinados a delinquir durante el *pretrial release*, y la reducción de los plazos que corren entre la acusación y la sentencia. Todas ellas fueron acogidas por el tribunal supremo de los Estados Unidos en el caso *Santobello vs New York* en 1971(p. 55).

En este contexto son de suma importancia los argumentos en defensa de la justicia premial que destacan la disminución de costos para el sistema judicial al renunciar al juicio y el aligeramiento de las cargas laborales para defensores y fiscales. Así, se genera una verdadera sistemática de negociantes<sup>6</sup>, que pretende bajar las estadísticas de criminalidad, aumentar la eficiencia de los juzgados, e incluso, ayudar a planear el presupuesto de la jurisdicción.

Estas “ventajas” fueron rápidamente advertidas en Colombia. Sin embargo, no es la irrupción del sistema acusatorio su punto de partida; por el contrario, las figuras de justicia premial son de una significativa y no muy reciente aplicación en nuestro sistema.

Como se dijo, las figuras premiales en el sistema penal comprenden también la aplicación de la vieja y conocida política de recompensas, usada por el Estado Colombiano en repetidas ocasiones para atacar al enemigo de turno con el fin de lograr su “desarticulación”<sup>7</sup>.

---

6 En los Estados Unidos son bien conocidos los abogados que especializan su ejercicio profesional en negociar tratos con la fiscalía en casos relacionados, por ejemplo, con narcotráfico.

7 Para un análisis político criminal de la justicia premial desde el punto de vista de las recompensas en Colombia, Véase: Pérez Toro W. (2010). *La Crítica en un Entorno Trampero*. En este texto puede encontrarse un amplio estudio sobre normas premiales referidas al tema desde la década de los 80 del siglo XX.

No obstante, siendo el propósito de este texto enfocarse en el estudio de las figuras de justicia premial en el ámbito del proceso penal, hay que precisar que esta justicia tiene como técnicas fundamentales para la construcción de la verdad, la confesión (Cf. Langbein, 2001) y la delación, y, que su irrupción en el proceso penal colombiano se da a partir de los años 80 en medio de un contexto de guerra contra el narcotráfico y la subversión.

Si bien en aquel entonces se argumentó a favor de la existencia de dichas figuras diciendo que estas serían para combatir la gran criminalidad, hoy se encuentra que su justificación es un poco diversa, ya no se dice que estas figuras sean sólo para someter a los grandes capos de la criminalidad, sino que su utilidad se encuentra precisamente en ser un instrumento de la economía procesal, en ayudar a la descongestión y en disminuir costos; en consecuencia, con el fin de reportar amplias y cada vez mejores cifras de condenas, terminaron incluyéndose además de los iniciales destinatarios de las normas de justicia premial, a la gran mayoría de los pequeños delincuentes que atiborran el sistema penal, y de manera más general, a toda la clientela del Derecho Penal.

La justicia premial adopta varias formas en el proceso penal colombiano, inicia con simples rebajas de pena por la delación o confesión – en la época de vigencia del régimen procesal del Decreto 050 de 1987 - y pasa por las figuras de sentencia anticipada, allanamientos – bajo el régimen procesal del Decreto 2700 de 1991 -, hasta llegar a los preacuerdos y al actual principio de oportunidad<sup>8</sup> - bajo el régimen procesal de la ley 906 de 2004 -.

A continuación, se hace una breve reseña y clasificación de las normas que incorporan tales beneficios y rebajas. Sólo se toman algunas normatividades que se introducen en Colombia desde los años 80<sup>9</sup>, muchas de las cuales, se dirigieron al combate de una criminalidad específica, y otras, a librar la eterna lucha por la eficiencia del sistema penal.

Entre las normas en las que se incluyen rebajas y beneficios por la delación se encuentran la ley 2 de 1984 en su artículo 34, la ley 30 de 1986 en su artículo 45, el artículo 12 del decreto 1631 de 1987, el artículo 37 del decreto de estado de

---

8 Específicamente se señalan como figuras premiales del principio de oportunidad las contenidas en los numerales 5, 6 y 18 (incorporado por la ley 1474 de 2011 en su artículo 40) del artículo 324 de la ley 906, ya que en la regulación legal de este principio también se especifican causales de aplicación que refieren al criterio de la necesidad de la pena por la poca relevancia o lesividad de la conducta, por lo exagerado de la aplicación de una pena o por que la persona sea entregada en extradición o a la Corte Penal Internacional; igualmente, el resto de las causales de aplicación del principio de oportunidad son figuras de justicia restaurativa, no de justicia premial.

9 Para un estudio más amplio Véase: Pérez Toro (2010, p. 12).

sitio 180 de 1988 que fue reformado por el decreto de estado de sitio 2490 de 1988, el artículo 17 de la ley 40 de 1993 o estatuto contra el secuestro y el artículo 21 del decreto 2238 de 1995 incorporado a la ley 282 de 1996.

Igualmente pueden encontrarse normas que establecen rebajas y beneficios por la confesión del procesado, entre estas se encuentra: el artículo 8 del decreto 3673 de 1986 subrogado por el artículo 1 del decreto 1199 de 1987, y este a su vez convertido en legislación permanente por el decreto 2271 de 1991, el artículo 301 del decreto 050 de 1987, el artículo 1 del decreto 3030 de 1990, el artículo 299 del decreto 2700 de 1991 modificado por la ley 81 de 1993, y por último, el artículo 283 de la ley 600 de 2000.

También se insertan entre la normatividad las figuras de sentencia anticipada, los allanamientos y actualmente los mencionados acuerdos, preacuerdos y principio de oportunidad, entre tales normas están los artículo 37 y 37-A del decreto 2700 de 1991 - reformado por los artículos 11 y 15 de la ley 365 de 1997 -, el artículo 40 de la ley 600 de 2000, el acto legislativo 03 de 2002 que reforma el artículo 250 de la Constitución Política y la ley 906 de 2004 en sus artículos 66, 321, 322, 323, 324<sup>10</sup>, 327 y 348 y ss. – con las reformas incorporadas por las leyes 1312 de 2009 y 1474 de 2011 -.

En un país convulsionado y con crecientes necesidades de control presentadas como necesidades de seguridad, era necesaria una reforma que lograra incorporar de manera permanente la justicia premial entre sus instituciones penales, la creciente necesidad de eficiencia y celeridad contrastaba con la saturación de los despachos judiciales y la lentitud de los procesos.

A principios de la década del 90 con el mencionado decreto 2700 de 1991 se logra insertar la figura de la sentencia anticipada en el proceso penal como figura permanente y estable de justicia premial en el ordenamiento colombiano. Aparte de esto, nótese que tales figuras irrumpieron gradualmente y se convirtieron en instituciones que tienden a absorber todo el proceso penal en detrimento, por ejemplo, de toda la parte sustantiva y las garantías que esta establece, tales como, la determinación y estabilidad de la calificación jurídica del delito – legalidad – y la determinación de la culpabilidad en un juicio en el que se respeten la publicidad, contradicción, la defensa, la no auto incriminación, el derecho a la prueba y el juez natural.

La justicia premial se encarga de castigar doblemente al reo, por el delito y por su insistencia en el juicio (Cf. Langbein, 1996). En este tipo de sistema es impensable el ejercicio del contradictorio y la realización de los principios y garantías del

---

10 Ver pie de página 9 del presente texto.

proceso, en realidad no importa si una persona es penalmente responsable o no de la comisión de un delito, allí la comisión de la conducta pasa a un segundo plano ante la amenaza de un juicio que implica una pena mucho más grave (Cf. Ferrajoli, 1995, p. 746-752), máxime, cuando las patológicas prácticas del sistema penal colombiano - tales como, resolver la duda en contra del reo y condenar por temor a contrariar en ciertos temas la jurisprudencia de los tribunales o de la sala penal de la Corte Suprema de Justicia- le exigirán al imputado probar su inocencia y lo llevarán a acogerse a las rebajas ofrecidas por su confesión.

En la estructura europeo-continental de la justicia penal, el juicio se interpone entre los ciudadanos y los grandes medios, recursos y poderes con los que cuenta la fiscalía para respaldar la pretensión punitiva; la justicia premial entra a anular el juicio y deja al ciudadano a merced del fiscal y su poder (Cf. Langbein, 2001), al mismo tiempo, se constituye en un instrumento muy útil para proteger a ciertas personas de la intervención del sistema penal.

Según Langbein “podríamos decir que los sistemas de enjuiciamiento basados en negociaciones y acuerdos – en el consenso – como el sistema del *plea bargaining* y el sistema de tortura judicial pueden desarrollar sus propias burocracias y sus propias clientelas” (p. 24). En este sentido, la justicia premial fortalece las desigualdades en el proceso, el autoritarismo y la selectividad para aplicar los rigores del derecho penal específicamente a algunos mientras sustrae a otros de su radio de acción. En la práctica, aunque todos tienen la posibilidad de confesar, sólo unos pocos pueden mejorar su posición en un acuerdo si tienen elementos que los ubiquen en mejores condiciones para negociar.

La imposición de un “acuerdo” fruto de una lucha de poder al momento de negociar termina por desvirtuar el papel de las partes, “el más poderoso, concretamente, es quien impone sus fines, pero por su posición de poder más fuerte y no por su mejor posición jurídica” (Schünemann, 2002, p. 298).

Las prácticas como “inflar” los tipos penales con agravantes inexistentes para reducir o anular los beneficios por confesión, son inherentes al sistema negocial, y aún así, continúan siendo ignoradas a pesar de haberseles desvelado desde hace mucho tiempo en la aplicación del *plea bargaining* en los Estados Unidos (Cf. Friedman, 1979).

Un texto ampliamente criticado que se titula “El proceso penal como un sistema de mercado” de Frank Easterbrook, incluso llegó a proponer de una manera bastante convencida, que el *plea bargaining* puede hacer parte de un procedimiento penal que funcione bien en términos de mercado, es decir, de manera armónica, donde el proceso distribuye recursos escasos entre los distintos integrantes del sistema penal y el sistema penal establece un precio – no pena – que se tasa según los costos

que originó y originará la conducta del reo y la de los delincuentes que no fueron capturados. Todo esto redundará en un manejo eficiente de los recursos bajo las premisas de la maximización personal del beneficio y la optimización del castigo. La negociación es un acuerdo transaccional de oferta y demanda entre el reo y la fiscalía donde el primero busca el mejor negocio y la segunda busca aumentar su productividad (Cf. Easterbrook, 1983).

Según este texto, es posible entrar a establecer cómo se administra mejor la justicia y por qué unos despachos llevan más negocios que otros, las estadísticas de condenas o negocios concluidos en el menor tiempo posible pasan a ser los instrumentos idóneos para cuantificar la justicia.

Nótese que lejos de ser un disparate, la concepción expuesta por Easterbrook, es por el contrario, la muestra más clara de lo que son las pretensiones de la justicia premial, una forma de distribuir recursos escasos, de implementar la eficiencia a como dé lugar, de hacer del “proceso” la manera más simple y menos costosa de producir condenas, un mecanismo al que se le puede exigir productividad, estadísticas, automatización y ahorro.

En la práctica judicial, la justicia penal pasa a ser una justicia sumaria, una justicia en la que se cambia el contradictorio por un sistema de negociación, se reduce a meros ritos lo que alguna vez fue la estructura sustantiva y dogmática del derecho penal; lo que antes eran garantías se convierten en escenificaciones, versos repetidos una y otra vez hasta el cansancio en cada sentencia - tal y como sucede cuando se dice al reo que tiene derecho a no auto incriminarse mientras se redacta una sentencia basada en una confesión que no es corroborada rigurosamente en términos fácticos-

De tal modo, el *plea bargaining* muestra su verdadera esencia, esto es, como una figura procesal que permite administrar el delito y el castigo, que cuenta, hace proyecciones, destina recursos, los optimiza, disminuye costos, aumenta las cifras del castigo penal, se vuelve cada vez más eficiente y simple; todo bajo la idea de que más condenas suponen más justicia.

En el fondo, la justicia premial vuelve a plantearnos la pregunta de qué tan correcto es basar un sistema penal principalmente en la confesión y en la delación - que siempre han implicado dar premios para quien confiesa o delata- y por otro lado, qué tan conveniente o contraproducente puede ser dejar que la justicia se haga en clave de eficiencia.

Aparte de estas cuestiones, lo que en este texto se pretende es ir un poco más allá en el examen de la justicia premial y mostrar que en el proceso penal colombiano se encuentra la expresión de diferentes concepciones de verdad, puntualmente, la verdad como correspondencia en cuya tradición se encuentra

inscrito el ordenamiento colombiano y la verdad negociada ligada a ciertas ideas del consensualismo.

## 2. LA JUSTICIA PREMIAL Y LAS TEORÍAS DE LA VERDAD

### 2.1 LA VERDAD COMO CORRESPONDENCIA EN SU SENTIDO SEMÁNTICO.

En el presente apartado se trabaja una de las teorías más importantes de la verdad en el derecho, la teoría de verdad como correspondencia desarrollada a partir de un sistema axiomático del garantismo penal propuesto por Luigi Ferrajoli. Esta teoría, plantea la positivización de unos principios en las constituciones que radican la discusión sobre la validez de la norma en criterios sustantivos que parten de la idea de una justicia material (Ferrajoli, 1995, p. 17).

Su sistema de principios remite también a una teoría política sobre el Estado, la justicia, la Constitución, los derechos fundamentales y el Derecho mismo. En consecuencia, su teoría intenta disciplinar la actividad legislativa, la práctica judicial y el ejercicio del poder Estatal.

Este filósofo del Derecho define su sistema como un sistema de garantías constitucionalmente establecidas para la tutela de los derechos fundamentales, dada la sujeción del Derecho a los referidos principios sustantivos positivizados (Ferrajoli, 2001, p. 19). La consecuencia lógica - y ampliamente reconocida - de un ordenamiento construido en clave de garantías de protección de los derechos fundamentales, es sustraer su legitimidad de las mayorías políticas y reubicarla en la tutela de dichos derechos y su carácter de inmodificables<sup>11</sup>.

Dichos planteamientos llevan en últimas a que los Derechos Fundamentales sean protegidos incluso de los propios Estados, universalizándolos y planteando un constitucionalismo, por decirlo así, superior a las constituciones de los Estados mismos.

Ahora bien, la teoría del garantismo penal se desarrolla sobre la base de la filosofía analítica (Cf. Ferrajoli, 2000), filosofía que toma los términos<sup>12</sup> y los descompone en partes para dotarlos de contenido, relaciones y coherencia entre ellos, de allí se llega a la elaboración de conceptos y principios en los que el lenguaje juega un papel muy importante. Esta analítica del lenguaje lleva a que tales conceptos se

11 Por tal motivo, la teoría del garantismo implica constituciones rígidas.

12 Los 11 términos que emplea Ferrajoli en la formulación de estos principios son: pena, delito, ley, necesidad, ofensa, acción, culpabilidad, juicio, acusación, prueba y defensa.

postulen en un lenguaje formal de axiomas, y que de estos axiomas relacionados entre sí, se siga la elaboración de teoremas y la formulación de un sistema a través de relaciones recíprocas que se constituye en un metalenguaje del lenguaje jurídico que permite a la vez analizarlo en sus hechos, proposiciones y razonamientos.

Ferrajoli distingue dos modelos de Derecho Penal; el primero de ellos obedece a una epistemología judicial decisionista, es el modelo autoritario en el que se persiguen sujetos y reinan la incertidumbre y el poder del soberano. El segundo, obedece a una epistemología racional y garantista al que se le llama *cognoscitivismo penal*, en él se verifican o refutan hipótesis que permitan allegar el conocimiento de los hechos (Ferrajoli, 1995, p.16).

La distinción fundamental entre ambos modelos la trajo la escuela ilustrada del derecho penal, con ella el juicio penal se convirtió en un proceso cognoscitivo de los hechos que requería de una específica técnica legislativa para identificar de la manera más precisa, con hechos específicamente determinados, si existía o no responsabilidad penal de un sujeto. La verificabilidad de los hechos y la determinación de la norma ayudaron entonces a limitar el odioso poder del soberano para imponer su voluntad (p. 22).

Un derecho penal construido sobre la verificación de hechos, es un derecho penal que tiende tanto a la estabilidad como a la limitación del poder, y por consiguiente, a la minimalización de éste. Por otro lado, un derecho penal que se encuentre incondicionado e ilimitado es un derecho penal en el que reina la incertidumbre, y como consecuencia, se da un derecho penal máximo que termina decidiendo con la voluntad de quien juzga (p. 155 y ss.).

Ferrajoli toma entonces el *cognoscitivismo penal* y propone su modelo garantista con base en los principios de legalidad, retributividad, necesidad, materialidad, lesividad, culpabilidad, jurisdiccionalidad, principio acusatorio, carga de la prueba y contradicción (p.92-93)<sup>13</sup>.

El principio de legalidad reviste especial importancia, trasciende la reserva legal para la definición del delito y exige que la ley lo haga de un modo preciso, superando el requisito de validez formal para convertirse en un método de determinación precisa con base en hechos que lleva al *cognoscitivismo* y al que se le llama legalidad en sentido estricto (p. 35).

---

13 La función de estos principios es limitar y condicionar el poder del Estado. La retributividad, legalidad y necesidad, tienen que ver con la pena; la lesividad, materialidad y culpabilidad, tienen que ver con el delito, y la jurisdiccionalidad, el principio acusatorio, la carga de la prueba y la contradicción, tienen que ver con el proceso. A su vez, los seis primeros principios constituyen garantías penales, en tanto lo últimos cuatro constituyen garantías procesales.

El conocimiento de los hechos se encuentra a su vez atravesado por dos concepciones de la verdad, la verdad formal y la verdad material. La concepción de verdad sustancial busca una fundamentación objetiva, omnicomprensiva y material de esta. Así, para allegar una verdad material se cae en el subjetivismo penal y en el autoritarismo que persigue la verdad fuera de todo límite o control (p.44). Por el contrario, la verdad formal o procesal, se encuentra condicionada por el respeto a las garantías y procedimientos que se establecen en el juicio para tal fin.

No obstante, el criterio de verdad procesal no es suficiente ya que tiende a prescindir de toda verdad en el proceso, y por lo tanto, a caer en el autoritarismo o decisionismo (p. 47). Así las cosas, dada la imposibilidad de la verdad objetiva y la correspondencia perfecta entre normas y hechos, e igualmente la insuficiencia de una verdad puramente formal, Ferrajoli decide proponer un concepto de verdad formal o procesal apoyada en los criterios de verificación y verificabilidad en un sistema semántico de proposiciones y axiomas.

Según esta concepción, a la que llama correspondencia en sentido semántico, el concepto de verdad puede usarse sin que implique una correspondencia perfecta, ideal o metafísica del hecho con el enunciado, es decir, sin que lo que se dice verdadero sea igual a la realidad, tal correspondencia no aplica a lo que es “verdadero” o que puede considerarse como tal según unos criterios que se usan para establecer la verdad, sino a lo que ha sido semánticamente definido como esta.

La verdad de la teoría semántica se establece a través de la verificabilidad de las proposiciones fácticas y jurídicas frente a los hechos, la verdad es el predicado de una proposición; A esto es a lo que Ferrajoli se refiere con una verdad como correspondencia sin implicaciones trascendentales y absolutas.

El proceso tiene entonces dos momentos de verificación, una verificación de los hechos y una verificación normativa, un proceso cognoscitivo de los hechos estrictamente delimitados, y un proceso re cognoscitivo de las normas. El proceso cognoscitivo de los hechos parte de proposiciones fácticas que se encuentran dirigidas a comprobar el acaecimiento de estos y su imputación al sujeto inculpatado (p.48), mientras, el proceso re cognoscitivo de las normas parte de proposiciones jurídicas que se refieren a la adecuación de los hechos con las normas que hablan de ellos.

La verificación de las proposiciones fácticas utiliza un método inductivo para dar cuenta de hechos pasados que por ser tales, no pueden apreciarse directamente sino a través de representaciones que llegan al juicio; por el contrario, las proposiciones jurídicas hacen uso de un método deductivo en el que se parte de la norma para calificar y clasificar los hechos según los criterios dados por esta.

Ya en el campo probatorio, en el que se aplica la inducción por excelencia ya que se refiere al proceso cognoscitivo de los hechos, se abre la relación con el criterio de la libre convicción del juez, que igualmente debe ser limitada y circunscrita en criterios definidos, para evitar que esta se convierta en lo que al juez mejor le parezca, entonces se acoge el esquema nomológico-deductivo, por medio del cual, la inicial inferencia inductiva que asciende de los hechos que se han de explicar a los hechos que son su explicación, puede invertirse en una inferencia deductiva que desciende de los hechos que son la explicación a los hechos que se deben explicar por medio de la inclusión en las premisas explicativas de leyes o generalizaciones empíricas aceptadas como verdaderas conforme a la experiencia pasada, sin que esta ley, implique una conexión necesaria en todos los casos, sino sólo una probable o posible explicación de los hechos.

En esta teoría, la verdad es algo contingente y relativo en consideración a los conocimientos, experiencias y la cosa misma de la que se habla. De allí la imposibilidad de referirse a la verdad más que en términos aproximativos, las proposiciones pueden ser calificadas por grados de plausibilidad, y el hecho de que algunas sean más verosímiles que otras no implica que realmente correspondan a los hechos.

De igual manera esta verdad es opinable en tanto las deducciones normativas que se realizan llevan a una conclusión verdadera frente a las premisas normativas, pero encarnan a su vez, una elección entre las diversas hipótesis interpretativas existentes (p. 54).

La verdad procesal a la que se llega también es algo subjetivo, ya que al juicio y al juez, nunca le llegan los hechos mismos sino las representaciones de estos a través de testigos, documentos u otros medios de prueba que se encuentran atravesados por la subjetividad del juez y los testigos, por el medio que los afecta, sus puntos de vista, sus intereses etc.

Justamente, la verdad que se obtiene es una verdad procesal y semántica, frente a la cual este autor reconoce limitaciones en su carácter probabilístico, opinable, subjetivo y en su necesidad de comprobación.

En últimas, la teoría de Ferrajoli busca reducir estos límites de la verdad procesal y rodearlos de garantías sustanciales y procesales elaboradas con base en axiomas y proposiciones que funcionan a manera de filtros para restringir el poder punitivo. Es a esto a lo que se conoce como sistema garantista del derecho penal.

Los ideales de perfección del sistema garantista son evidentes, razón por la cual este autor trata de circunscribirlo dentro de una aspiración política de perfectibilidad de este sistema, es decir, como un horizonte no conseguible pero si aproximable, como una expectativa siempre a satisfacer y a mejorar, y en consecuencia, como

un sistema que admite grados de garantismo según el cumplimiento de los distintos axiomas y principios en un sistema penal (p. 98).

La concepción de Ferrajoli es un retrato fiel del pensamiento ilustrado, parte de una opción política consistente en imponer límites al poder Estatal frente al ciudadano, delimitar específicamente los comportamientos delictivos, atacar el autoritarismo y evadir el decisionismo. A pesar de que muestra la imposibilidad de llegar a una verdad objetiva, defiende la necesidad de la presencia de la verdad en el proceso, la necesidad del juicio como comprobación y advierte los límites de su concepto de verdad.

Cuando este autor habla de la legalidad, se refiere a la legalidad de un Estado Constitucional de Derecho donde priman los principios de la Constitución, razón por la cual se advierte un cambio trascendental en el pensamiento jurídico clásico sobre la legalidad (Ferrajoli, 2001, p. 28), un pensamiento que en el derecho penal era lineal y exegético se transforma en un pensamiento jurídico complejo apoyándose en la hermenéutica jurídica, que para el caso del garantismo, trata de construir un derecho de principios constitucionales de interpretación estricta con una visión crítica en términos de las necesidades de la sociedad.

Este autor ve también en el derecho penal la capacidad de garantizar la libertad para todos<sup>14</sup>, hace del sistema garantista un sistema muy exigente, razón por la cual, desde el mismo nombre de su obra y su elección por la filosofía analítica puede entreverse la naturaleza de su propuesta. Su proyecto echa mano de la razón en tanto esta cuenta, mide, clasifica, ordena, regula, categoriza, establece métodos, es universal, formaliza lenguajes, integra, simplifica, estructura, sistematiza y pretende dar cuenta del mundo, en este caso del mundo del derecho, con pretensión de certeza.

Ahora bien, si se compara la justicia premial con el garantismo penal y su verdad como correspondencia en sentido semántico, se advierte su flagrante incompatibilidad. En primer lugar porque se reemplaza todo este sistema de garantías procesales y penales por una negociación en la que se impone el más fuerte; segundo porque la verdad del garantismo excluye cualquier consenso al basarse en el cognoscitivism; tercero porque esas teorías consensuales y discursivas, como lo señala el autor (p. 27),

---

14 Es evidente que el garantismo penal cae en la ya conocida paradoja del liberalismo que en nombre de la libertad castiga, por eso un filósofo dedicado a estudiar el poder como lo es Michel Foucault, ubica al derecho penal más como un saber y discurso legitimador del castigo que como un sistema de protección de derechos. Por ejemplo, el derecho penal sería un discurso y saber legitimador del castigo, el derecho constitucional un discurso y saber legitimador del poder, y el derecho civil, un discurso y saber legitimador de la propiedad. Dicha explicación importa precisamente para lograr comprender el poder en sus diferentes dimensiones y prácticas, también para diferenciar a Foucault de algunas corrientes filosóficas que abordan los discursos de un modo diferente, tales como, el neopragmatismo y los llamados filósofos posmodernos. (Cf. Foucault, 2005, p. 79-107, 2006, p. 320-326, 2007, p. 304-313).

nacieron para aplicarse en otros ámbitos del conocimiento y expresar la verdad de un tema científico en términos del consenso de la comunidad científica en un momento determinado y sobre un tema específico ante los avances y las rupturas de paradigmas, o bien, para referirse a unas reglas estrictas del discurso de las que se extraiga un consenso comparable a la verdad, nunca para verificar hipótesis con contenidos fácticos de cuya comprobación se derivará un pena.

En cuarto lugar, porque violan la estricta legalidad a la que se refiere el garantismo; quinto porque anulan el juicio y la libre valoración del juez, y, por último, porque borran todas las barreras que el Estado tenía y que le servían al ciudadano para defenderse de su poder punitivo.

Por consiguiente, la justicia premial aparentemente puede encontrar una mejor legitimación en ciertas ideas derivadas de las teorías consensualistas de la verdad. A continuación se realiza un segundo examen de esta justicia, a la luz de las ideas y planteamientos de dicho consensualismo.

## 2.2 CONSENSUALISMO Y LA RENUNCIA AL CONCEPTO DE VERDAD

La justicia premial se identifica con algunos planteamientos que hacen parte de la profunda crítica formulada por el consensualismo al concepto de verdad. El cuestionamiento de las ideas de universalidad, necesidad, unidad, orden, previsibilidad y trascendencia, llevan incluso a que algunos filósofos decreten la muerte de la verdad y la superación de la epistemología, esto lleva a abrir un debate alrededor de la existencia y necesidad del concepto que tratamos de seguir a continuación.

El modelo de la verdad como correspondencia se basa en la relación de la afirmación con la realidad, el lenguaje cumple la función de un espejo donde se refleja esta. Tal concepción se encuentra en las ideas de Aristóteles, Tomás de Aquino y el primer Wittgenstein (Neumann, 2006, p.22), a su vez, permite que se hagan afirmaciones categóricas sobre la verdad o falsedad de algo en tanto esta imagen lingüística sea fiel al hecho, es decir, en tanto el lenguaje como espejo de la realidad tenga correspondencia absoluta con las propiedades ontológicas de la cosa de la que se habla.

Este tipo de correspondencia entendida en términos absolutos deriva en un realismo ontológico y en un objetivismo naturalista que plantea en primer lugar la existencia de objetos y propiedades externos a la mente e independientes de ella, y, en segundo lugar, la existencia de una única forma de describirlos y entenderlos (Sucar, 2008, p.57).

Por su lado, la teoría del consenso de la verdad, supone una relación entre la pretensión de verdad y la pretensión de la capacidad de consenso. Todos argumentamos esperando

la aprobación de los participantes de la discusión esperando llegar a un consenso, que en el caso de Habermas, deberá lograrse a través de la razón y no de la expresión de simples opiniones para que este pueda elevarse como un criterio de verdad.

En consecuencia, esta verdad como consenso introduce la discusión del método a través del cual se llega a ella, se dice que del resultado de este método puede fundamentarse la verdad o el consenso en tanto se tenga la certeza de que ese procedimiento permita la apreciación de todos los puntos de vista, y por lo tanto, genere el resultado correcto (Neumann, 2006, p.39).

No obstante, tal interpretación de procesos y reglas que llevan al consenso, presentan el problema de no poder garantizar que se consideren los puntos de vista relevantes, no garantizan que pueda llegarse efectivamente a un consenso razonable, ni que haya una obligatoriedad del mejor argumento (p.40), así que la legitimación del resultado en el procedimiento se ve afectada por el riesgo de que estos argumentos no sean sopesados de manera adecuada.

Esta versión del consensualismo presupone reglas rígidas en términos de la igualdad de los participantes y de las reglas aplicables a la argumentación. Tal concepción sobre el consensualismo choca abiertamente con una idea de justicia premial con propósitos de eficiencia y economía a la que no le interesa mucho la justicia del consenso al que se llegue, y que además, no desea que se le regule en términos rigurosos.

Por tal razón, la justicia premial podría encontrar una mayor identidad en el consensualismo y las críticas a la verdad como correspondencia propuestas por el neopragmatista Richard Rorty.

Este autor rechaza la idea de verdad en su sentido esencialista y absoluto, niega que pueda descubrirse un vocabulario primigenio de la naturaleza y la idea de que el lenguaje sea un reflejo de la realidad. Tales planteamientos pertenecen entonces a una filosofía esencialista.

Rorty afirma que dentro de los discursos afines a esta corriente esencialista de la filosofía se encuentra la epistemología, ya que esta, ha pretendido adueñarse del conocimiento apoyada en la idea de la racionalidad que insiste en descubrir verdades, sin lograr advertir, que toda pretendida explicación y todo conocimiento, no son más que una narración siempre circunscrita al lenguaje sin nada que la haga preferible de otras narraciones que se suceden en distintos contextos históricos.

Así las cosas, los lenguajes lógicos y formalizados, característicos de la filosofía analítica, no dejan de ser discursos iguales a cualquier otro, el lenguaje sería en realidad un instrumento del hombre para relacionarse con el mundo y no habría

ninguna creación lingüística, neutralmente diseñada, con aspiración de universalidad y coherencia lógica, capaz de dar cuenta de la esencia de las cosas.

Para Rorty, la lógica del lenguaje no es garantía de la solución para los problemas filosóficos (Suárez, 2005, p. 123), en tanto se haya alejada de comprender tales debates como lenguajes distintos que se enfrentan sin nada que los haga esencialmente verdaderos. En este sentido, se dice que la pregunta sobre la verdad entendida como la reflexión sobre un absoluto fundacional y su estudio en términos “rigurosos” y explicativos, es un esfuerzo inútil.

Según este neopragmatista, fuera del lenguaje no hay realidad, el lugar del esencialismo es tomado por el lenguaje, y la filosofía se vuelve un ejercicio tendiente a profundizar el diálogo de la humanidad. El lenguaje es una simple herramienta del hombre, una creación humana que como creación humana es cambiante y completamente determinada – histórica y contingente – sin ninguna esencia que lo haga decir una única verdad; el lenguaje es el único que puede ser verdadero, las descripciones de algo como creación lingüística pueden ser verdaderas, pero ese algo del que se habla nunca lo será.

La realidad extralingüística únicamente puede explicarse desde el mismo lenguaje, el conocimiento sólo puede darse desde este, y a pesar de que se puedan contrastar lenguaje y mundo, todo proceso de conocimiento está inevitablemente sometido a él; la única forma de relacionarse con la realidad es desde el lenguaje mismo. El conocimiento no se genera por la mera percepción del mundo, sino que nace en las teorías y creencias propias en términos de argumentación (p.229).

Esta concepción es especialmente problemática frente a la pregunta de en qué punto empieza el conocimiento, si inicia con la experiencia o percepción, o si por el contrario tiene su origen en las teorías e hipótesis que se plantea el sujeto cognoscente.

Rorty en el lugar de la experiencia habla de criterios argumentativamente válidos para una comunidad de intérpretes (p.233), no obstante, no aparece claro qué papel juega la mera experiencia y la prueba en el proceso de conocimiento.

Este filósofo dice que “el lenguaje es una institución social en la que se nace y se vive aun pudiendo transformarla, una institución en funcionamiento, hecha de usos y costumbres que descansa sobre la convención social” (p.117), de allí que se conciba al lenguaje como usos y prácticas sociales.

La verdad para Rorty depende entonces de los enunciados, no en términos lógicos como los propuestos por Ferrajoli, sino en términos de diálogo entre léxicos y discursos creados por hombres. Este pragmatismo rechaza la epistemología racional y formal de conclusiones necesarias y en su lugar propone la conversación entre

diferentes discursos válidos, decisión que le hace pasar, a primera vista, como una propuesta irracional.

No obstante, la crítica de este autor va más allá de la epistemología y la verdad como correspondencia y se dirige en general a lo que llama pensamiento metafísico, a ese modo de conocer que se encuentra presente desde los griegos, en conceptos como la *Alétheia* que procura desvelar la esencia de las cosas en su ultimidad radical, la *physis* (Soto, 2010, p.10), o en la *parrhesía* en tanto valor del decir verdad aún a costa de la propia vida (Cf. Foucault, 2010). Ideas aún presentes en la metafísica y la epistemología que someten a la filosofía con independencia de que la búsqueda de la verdad se haga a través de la lógica del lenguaje, de un sujeto trascendental, o de cualquier otro planteamiento.

Así, Rorty concibe el conocimiento como diálogo, no como episteme o teoría sobre la esencia y lógica del mundo. La verdad se construye como una articulación o entramado entre el emisor, el receptor, el referente y el sentido de una situación lingüística (Suárez, 2005, p.86). La verdad no es más que la relación entre descripciones del mundo, no es algo que se pueda encontrar en su esencia, ni siquiera en el mundo mismo (p.139); la verdad es un criterio relacional entre proposiciones que devienen de discursos creados por hombres, discursos históricamente determinados y plurales, razón por la cual Rorty establecerá el etnocentrismo como una característica del lenguaje.

La verdad es algo creado por los hombres y la relación de la verdad con el mundo se encuentra en ellos mismos por estar circunscritos en términos históricos, culturales y físicos. Para Rorty el criterio de verdad son entonces las prácticas sociales (p.228) históricamente determinadas y relativas a un cierto auditorio que permitan llegar a un acuerdo. En realidad son estas prácticas las que determinan el lenguaje o los diferentes discursos, no la experiencia ni el método lógico, de suerte que si la verdad es un ejercicio de enfrentar discursos igualmente válidos que se reconozcan mutuamente, se espera que se construya una sociedad más democrática y se facilite el reconocimiento y diálogo entre las diferentes culturas.

No hay nada que regule de antemano los discursos, es decir, no hay gramática del lenguaje, sino rasgos históricos y etnocéntricos de este que no lo regulan sino que lo determinan, así, lo dado – el tradicional criterio de la realidad - se reemplaza por lo contingente – lenguaje cambiante y determinado -.

Las prácticas sociales no se circunscriben a la razón, lo que en verdad importa son los acuerdos, los consensos, y en consecuencia, se desdeña la explicación racional como criterio único al que se reduzca el diálogo.

De acuerdo con estos planteamientos, en términos axiológicos no existe ninguna esencia ni cláusula valorativa omnipresente en el lenguaje. Los discursos vienen cargados de los valores de quien los elabora – carácter etnocéntrico -. Tal rasgo, si se trasplanta al derecho por medio del llamado consensualismo, es completamente nocivo en la medida de que el derecho pretende aplicar a todos normas con iguales valores, contenidos y objetos de protección.

Según esta teoría, las prácticas sociales determinan los contenidos valorativos del lenguaje, pero dada la contingencia de prácticas sociales y lenguaje, estos contenidos valorativos también tienen un carácter contingente. En consecuencia, los criterios prefijados para la valoración son algo que le molesta a Rorty.

Para este autor, el hecho de aceptar que existen varias y diversas versiones de la verdad no implican aceptar que todo vale o sea cierto, no obstante, el filósofo se queda corto en precisar qué criterios pueden servir para definir cuál de todas las versiones posibles es acertada. Definirlo para él implicaría colocarse en el papel de establecer reglas para el lenguaje.

En este proyecto, se niega la existencia tanto de los hechos, como de las verdades, razón por la cual queda un vacío en la relación del lenguaje con lo exterior que el mismo autor advierte y trata de llenar con las mencionadas características de contextualismo y etnocentrismo del lenguaje.

Sin embargo, en el mundo del derecho, de esa exterioridad tienen que derivarse consecuencias jurídicas que requieren de la comprobación. De tal manera, se necesita del lenguaje tanto como de la experiencia en orden a desarrollar una actividad probatoria que tiene como propósito la contrastación empírica de las proposiciones hechas.

Cabe aclarar que Rorty nunca excluye el poder de contrastar lenguaje y mundo, lo que critica es que se quieran establecer reglas y métodos explicativos únicos<sup>15</sup>.

Aún así, con el fin de hacerle justicia a este autor, hay que señalar que su paradigma hermenéutico y conversacional se plantea para aplicarse al conocimiento en general, no al derecho, y que él acepta que la justicia hace parte del ámbito público en el que son precisos otros lenguajes con aspiraciones de racionalidad en el sentido de someter a una fuerte discusión los distintos léxicos y elegir el considerado mejor socialmente (p.271); así se llega a plantear la complementariedad del léxico privado y el léxico público (p.269).

Este último punto hace manifiesto el problema de aplicar conceptos en el derecho que son creados para referirse a otros fenómenos. Rorty plantea sus postulados con

---

15 No obstante, la previsibilidad y la racionalidad con sus formas son características principales del derecho.

relación a la filosofía, campo en el que no debe plantearse limitación al debate, a su vez, reconoce que en el campo de lo público, hay otros discursos con otros contenidos que propone sean separados pero complementarios del campo privado.

De cualquier forma, en el ámbito de lo público, la libertad no deviene de los valores contingentes de las prácticas sociales sino de la rigidez de estos en la protección al individuo. De tal modo, el consenso del que habla Rorty, se distingue expresamente de la actividad de quien juzga con criterios preexistentes - función natural del derecho - (p.84).

### 3. JUSTICIA PREMIAL Y EFICIENTISMO PROCESAL

La justicia premial entonces, a pesar de su identidad con algunas ideas del neo-pragmatismo, no cumpliría con las exigencias de este para la elaboración de los consensos que sustituyen a la idea de verdad. En consecuencia, puede afirmarse que tal justicia, en términos rigurosos, no puede adscribirse a ningún tipo de consensualismo, que esta justicia es de otra entidad y tiene otra lógica.

La justicia premial en el lugar de la verdad busca un acuerdo que rompa con la atribución de la responsabilidad, acuerdo que a diferencia de lo que refiere el pragmatismo, no siempre es solidario y no forzado, el Estado sede en su poder de soberanía, a pesar de que conserva su poder de castigar, sede en el ejercicio del poder de juzgar, y en esa medida, sede en el imperio del derecho; la justicia deja de ser una actividad pública y al igual que el derecho y su ejercicio, pasa a convertirse en una actividad que se desarrolla en privado y de acuerdo con intereses de la misma naturaleza.

La renuncia a la idea de verdad hace aparecer un cierto reconocimiento de la participación y reconstrucción del proceso y la verdad a partir de los discursos que constituirán un consenso entre las partes; por lo tanto, todas las reglas y garantías tanto procesales como sustanciales parecen ser hostiles a dichos acuerdos, y tales acuerdos, también aparecen hostiles a cualquier tipo de regulación.

No obstante, no es este el problema que aparece con la justicia premial, no se trata de cuánta más libertad se da a las partes para que ellas convengan, ni de cuánta se les resta para someterlas al estricto cumplimiento de un sistema que tiene pretensiones de ser lógico, acabado, seguro, cierto, predecible, claro y estable.

Se trata en realidad de que con estas ideas se hace aparecer como consensualista algo que no lo es, que se encuentra lejos del consensualismo en tanto obedece a una racionalidad económica instrumental que constriñe al reo, anula libertades, que

vuelve el proceso algo privado, que compra acusaciones o absoluciones; en últimas, una verdadera arma de autoritarismo penal, de puro arbitrio en tanto la supuesta igualdad de la que gozan las partes que acuerdan es una ficción que maquilla las imposiciones de la parte más fuerte en la negociación.

Langbein en su trabajo “Tortura y plea bargaining”, advierte muy bien las semejanzas del autoritarismo de la justicia premial con la tortura de la inquisición, ya que ambas intentan extraer la verdad de la confesión del reo, y en ambas el reo confiesa para beneficiarse o para salirle al paso al tormento.

La justicia premial retrocede así a sistemas premodernos basados en la confesión como pena pública y medio de prueba por excelencia, que anulan las garantías de la publicidad y el control de los actos, erosionan la legalidad, usan el secreto y los constreñimientos, y terminan por basar sus fallos en un sistema de verdad única extraída del procesado a través de una negociación en condiciones desiguales (Ruiz, 2008, p. 249-253).

En estos supuestos acuerdos no se da libertad alguna en su elaboración; por el contrario, al procesado se le presiona, instiga y constriñe mediante diferentes beneficios para que advierta la conveniencia de acogerse a ellos y renuncie “voluntariamente” a los derechos y garantías que le asisten. Tales prácticas son propias de un derecho penal irracional, carecen de validez en términos sustanciales ya que suponen una violación material de derechos y garantías, y por último, se asemejan más a las prácticas punitivas premodernas con sus ordalías, que a los consensos racionales de los que hablan las teorías pragmáticas sobre la verdad (p.252).

En la justicia premial desaparece el concepto de verdad entendida como horizonte regulador y como consenso, en su lugar se da paso a la eficiencia, a la negociación y a la imposición privada. La justicia deja de ser un valor y se hace mercancía, moneda, se cosifica para efectos de permitir la maximización de los beneficios y la reducción de los costos, deja de ser un asunto público que concierne a todos para convertirse en un elemento transaccional privado en el que una de las partes siempre lleva la ventaja y puede imponerse a la otra.

Como se dijo, esta justicia deviene en un instrumento cuyo fin es la eficiencia en el castigo, es una justicia que nos hace cada vez más vulnerables y temerosos frente al sistema penal, que nos llena de incertidumbre, de sospecha, que en lugar de restringir el poder punitivo lo amplifica y lo lleva a consecuencias lamentables.

La justicia premial dista mucho de un consensualismo como el de Habermas o el del neopragmatismo, aun así, lo que se quiere destacar es cómo el castigo deja de necesitar para su legitimación de esos discursos que le otorgan fines de protección de la sociedad o resocializadores para mostrarse puramente como un asunto de

eficiencia, un instrumento para el buen funcionamiento y administración - de las instituciones y de la sociedad -.

Ahora bien, cuando se habla de una desaparición o renuncia a la verdad en la justicia premial, se hace referencia a la renuncia a la verdad en términos epistemológicos, es decir, la renuncia a la certeza, a la claridad y unidad de método, a la refutabilidad de las hipótesis, a la verificación, a la idea de verdad en tanto el conocer. La verdad en ese sentido no es algo que haya que descubrir o desvelar, no es una correspondencia, ni un consenso, la verdad desaparece en toda su dimensión explicativa de las cosas y necesita una manera distinta de entenderla y producirla.

Lo que se quiere señalar, es que ese “conocer”, da paso al “apoderarse”. En tal sentido, la pregunta por la verdad no es ya epistemología, sino política, por lo que debe preguntarse entonces, en términos del ejercicio del poder, por quién o qué puede imponer la verdad en un momento determinado; en términos de Foucault, a través de qué saber o discurso se impone una verdad, qué tiene la legitimidad de imponerse como verdadero (Foucault, 1998, p.27-57).

De tal modo, la verdad es una lucha (p.49), una pelea por algo de lo que hay que apoderarse de manera unilateral o “negociada”, algo que espera ser apropiado como medio instrumentalmente adecuado a “mi interés”; pues la desaparición de la verdad en términos epistemológicos - del conocer - lo que implica es un cambio en la política de verdad que deja de basarse en el saber epistemológico para basarse en la racionalidad económica instrumental.

Con esto básicamente se quiere especificar que la verdad, en términos de la política de verdad, de qué, quién y cómo se define la verdad, nunca desaparece, sólo desaparece un modo de definir la verdad desde el conocer – la epistemología como saber definitorio de verdad – para encontrar un nuevo criterio de producción de la verdad basado en la razón económico instrumental.

Más aún, hay que destacar que esta justicia negocial aparece en el contexto de una democracia que es aparentemente más consensual y más justa, más participativa, pero que a su vez, enmascara prácticas diametralmente opuestas a sus planteamientos. Es precisamente en los países occidentales, donde la democracia liberal es a la vez cualidad y dogma, en los que esta justicia y esta concepción instrumental han encontrado un terreno fértil.

En pocas palabras, la justicia premial, además de importar por su afinidad con la razón instrumental en tanto criterio definitorio de la verdad, importa como síntesis, producto o redefinición de la justicia. Así, la justicia es hoy un atributo cuantificable – no un valor -, que se ha transformado al lenguaje tecnocrático de la eficiencia para dar lugar a un sistema aparentemente consensual, flexible en las garantías y punitivista en exceso.

## CONCLUSIONES

1. Aparte de las recompensas, la justicia premial tiene antecedentes como fenómeno procesal en la aparición del *plea bargaining* en los Estados Unidos desde finales del siglo XIX e inicios del siglo XX, momentos desde los cuales se advertía su profunda lesividad para la estructura del proceso penal. Este tipo de justicia no es propio del modelo acusatorio del proceso sino una práctica generalizada del sistema procesal estadounidense.
2. En Colombia la justicia premial se encuentra presente en el ordenamiento jurídico desde hace décadas, su irrupción en el sistema procesal colombiano no es reciente ni propia de la implementación del Código de Procedimiento Penal de 2004.
3. El concepto de verdad en la justicia premial, y las teorías consensualistas sobre esta, se oponen abiertamente a la verdad como correspondencia semántica del garantismo penal.
4. En principio, la justicia premial parecería encontrar mejor soporte en las ideas consensualistas del neopragmatista Richard Rorty más que en el consensualismo de Habermas.
5. No obstante, la concepción de verdad en la justicia premial se encuentra lejos de las ideas consensualistas de la verdad, debido a que estas, exigen diálogos en igualdad de condiciones que lleven a consensos no forzados (Rorty) o a acuerdos que vengan de la razón (Habermas). La justicia premial tiene una racionalidad diferente a la del consensualismo que se le atribuye.
6. La justicia premial renuncia al concepto de verdad en términos epistemológicos, no con motivo de las ideas consensualistas, sino por su racionalidad económico instrumental en el sentido de buscar eficiencia en la administración del castigo y economía en términos pecuniarios y no procesales.
7. El carácter económico instrumental de la justicia premial gesta una nueva política definitoria de la verdad basada en el interés y el beneficio, hace de la verdad un negocio en el que se impone la voluntad de la parte más fuerte de la negociación en detrimento de las garantías procesales y sustantivas del acusado; su carácter instrumental se ve recalcado por el hecho de servir a la vez para anticipar las condenas a través de la confesión y beneficiar los procesos de criminalización a través de la delación.

## REFERENCIAS

- DE DIEGO DIEZ, L. A. (1999). *Justicia Criminal Consensuada, Algunos modelos de Derecho Comparado en los EE.UU, Italia y Portugal*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Madrid: Trotta.
- \_\_\_\_\_ (2000). *El Garantismo y la Filosofía del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- \_\_\_\_\_ (2001). *Derechos y Garantías, la ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- FOUCAULT, M. (1998). *Genealogía del Racismo*. La Plata: Editorial Altamira.
- \_\_\_\_\_ (2005). *Vigilar y Castigar: nacimiento de la prisión*. México DF: Siglo XXI editores.
- \_\_\_\_\_ (2006). *Seguridad, Territorio y Población: Curso en el Collège de france: 1977-1978*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- \_\_\_\_\_ (2007). *La Arqueología del Saber*. México DF: Siglo XXI editores.
- \_\_\_\_\_ (2010). *El coraje de la Verdad: el gobierno de sí y de los otros. Curso en el Collège de france 1983-1984*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- LANGBEIN, J. (2001). *Tortura y Plea Bargaining*. Trad. de María Lousteau y Alberto Bovino. En *El procedimiento Abreviado (3-29)*, Buenos Aires: Ed. Del Puerto.
- NEUMANN, U. (2006). *La pretensión de Verdad en el Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- RUIZ, L. (2008). "El código de procedimiento penal de 2004 y su carácter de inquisitivo". En Igartua, Juan y otros (249-253), *Oralidad y Proceso*. Medellín: Universidad de Medellín.
- SCHÜNEMANN, B. (2002). *¿Crisis del procedimiento penal? Marcha triunfal del procedimiento penal americano en el mundo*. Trad. de Silvina Bacigalupo. En *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio (288 y ss.)*, Madrid: Tecnos.
- SOTO, G. (2010). *En el Principio era la Physis: el lógos filosófico de griegos y romanos*. Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana.
- SUÁREZ, J.O. (2005). *Richard Rorty: el neopragmatismo norteamericano*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- SUCAR, G. (2008). *Concepciones del Derecho y de la Verdad Jurídica*. Barcelona: Marcial Pons.

## FUENTES ELECTRÓNICAS

- ALSCHULER, A. (1979). Plea Bargaining and its History. *Columbia Law Review*, 79, 1-49. Obtenido el 30 de junio de 2011 de: <http://www.jstor.org/pss/1122051>.
- EASTERBROOK, F (1983). Criminal Procedure as a Market System. *The Journal of Legal Studies*, 12, 289-332. Obtenido el 8 de julio de 2011 de: <http://www.jstor.org/pss/724247>.

- FRIEDMAN, L. (1979). Plea Bargaining in Historical Perspective. *Law & Society Review*, 13, 247-259. Obtenido el 2 de julio de 2011 de: <http://www.jstor.org/pss/3053251>.
- LANGBEIN, J. (1996). Sobre el Mito de las Constituciones Escritas: La Desaparición del Juicio por Jurados, Traducción de Alberto Bovino y Christian Courtis. *Revista Nueva Doctrina Penal, A*, 45-54. Obtenido el 2 de julio de 2011 de: <http://www.pensamientopenal.com.ar/35lan.pdf>.
- PÉREZ TORO, W.F. (2010). La Crítica en un Entorno Trampero. *Revista Electrónica Diálogos de Derecho y Política*, 2, 1-28. Obtenido el 30 de junio de 2011 de: <http://revinut.udea.edu.co/index.php/derypol/article/viewFile/5143/4508>.



Autor: Mauricio Escobar Martínez

Título: Sin título

Técnica: Óleo sobre aglomerado

Dimensión: 70 x 50 cm

Año: 2004

## ***MODELO HERMENÉUTICO DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA\****

---

\* Este artículo fue presentado para optar al título de especialista en Derecho Procesal, cuyo asesor fue el profesor Luis Bernardo Ruiz Jaramillo.

Fecha de recepción: 30 de Marzo de 2012

Fecha de aprobación: 7 de junio de 2012

## MODELO HERMENÉUTICO DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA

*Jorge Eliécer Cardona Jiménez\**

### RESUMEN

En el presente artículo se plantea un modelo hermenéutico fundado en el debido proceso como derecho fundamental o principio constitucionalizado, que posibilita en la aplicación de las normas procesales la atribución de sentido en defensa del hombre y sus consabidos valores en tanto expresión cultural del Estado Constitucional y Democrático de Derecho. Se trata entonces de vindicar la voz garantista en el proceso, de suerte que éste se conforme y desarrolle a partir de su carácter dialéctico regido por la imparcialidad, la cooperación, la libertad, la igualdad y la dignidad humanas. En esta estructura, los jueces son voceros de la razón práctica en cada caso concreto y por ende asumen el deber jurídico-constitucional de hacer del derecho la mejor obra de arte.

**Palabras clave:** debido proceso, derecho fundamental, hermenéutica, juez, justiciabilidad, principios, valores constitucionales, razón práctica.

## HERMENEUTIC MODEL OF DUE PROCESS IN COLOMBIA

### ABSTRACT

This article proposes a hermeneutic model based on due process as a fundamental right or constitutional principle, which enables, in the application of procedural rules, the attribution of sense in defense of man/woman and his/her well-known values as cultural expression of the Constitutional and Democratic Rule of Law. It is about to vindicate the guarantor voice in the process, so that it forms and develops from its dialectical character governed by impartiality, cooperation, freedom, equality, and human dignity. In this structure, judges are spokesmen of the practical reason in each specific case and, therefore, they assume the legal and constitutional duty to make of law the best work of art.

**Keywords:** due process, fundamental right, hermeneutics, judge, justiciability, principles, constitutional values, practical reason.

---

\* Abogado, especialista en Derecho Procesal de la Universidad de Antioquia. Profesor de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Auxiliar judicial en descongestión de la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Antioquia. Jocado2@gmail.com.

# MODELO HERMENÉUTICO DEL DEBIDO PROCESO EN COLOMBIA

## INTRODUCCIÓN

La iusteoría procesal contemporánea se ha caracterizado por el estudio del proceso desde sus fundamentos constitucionales que, como dice Eduardo J. Couture (1979:45), son aplicables a las diversas ramas del derecho. Por ello, en el sistema jurídico colombiano, con la expedición de la Constitución Política de 1991, se dio un cambio cualitativo en la superación del positivismo formalista propio del Estado demoliberal para dar paso a una visión *iusfilosofica* que ubica a la persona como centro de imputación jurídica prevalida de dignidad e igualdad humanas en el marco del Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

A partir de esa norma *normarum* en tanto fundamento del ordenamiento jurídico, se consagraron una serie de valores, principios y derechos que son el hontanar de una nueva concepción de la administración de justicia basada en criterios de justicia material.

Esos contenidos axiológicos son los que permiten hacer un replanteamiento hermenéutico de las categorías jurídicas del sistema de derecho procesal. En este sentido, se ha sostenido que dicha labor “*se traduce en una neta prevalencia de la categoría del ser sobre el tener o del haber, dentro del marco de un hondo y genuino humanismo que debe presidir los actos de los encargados de administrar justicia en todos los niveles del sistema jurídico*”<sup>1</sup>.

De esta manera, debe asumirse un cambio de paradigma en los modelos interpretativos de las diferentes instituciones que permita una comprensión de las normas procesales en defensa de la persona y sus consabidos derechos fundamentales, los cuales constituyen el parámetro de la validez del proceso y la legitimidad de la actuación jurisdiccional.

En el presente artículo, se asumió el estudio de un principio constitucional del derecho, el “debido proceso”, desde su función hermenéutica en el ordenamiento de

---

1 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-486 de 1992. M.P Alejandro Martínez Caballero.

la función judicial, toda vez que toda norma procesal que lleva insita esa garantía implica para su ejercicio un esfuerzo interpretativo complejo que no se reduce a los métodos convencionales, sino que el operador jurídico debe consultar la concreta *cuestión de hecho*, el valor normativo de la propia Constitución, así como los principios del derecho internacional público que erigen al sujeto como centro de derechos y de la actividad judicial.

Este modelo comprensivo que refleja la supremacía de la Constitución, es un deber de irrestricto cumplimiento por parte de todos los operadores jurídicos colombianos, quienes en muchas ocasiones aún se muestran renuentes a este cambio impuesto por los postulados constitucionales, que reflejan un proceso judicial más comprometido con el sistema de garantías.

En esta medida, si no se acata lo debido en el proceso, se genera un fenómeno social de malestar que redundará en la pérdida de funcionalidad y legitimidad de la administración de justicia. Por ello, la temática planteada tiene gran importancia en el ámbito social, como quiera que sienta las bases de confianza en el sistema de derecho procesal.

Para desarrollar este trabajo se adoptó una orientación metodológica que tiene como fuerza centrífuga la flexibilidad del aparato conceptual y “la amplitud de datos de métodos y de relaciones con el resto del mundo del saber” (Wallerstein, 2005:157). Además, se extiende tanto a lo procedimental como a lo sustantivo (Kahn, 2001:124) bajo la égida del “método de los principios”<sup>2</sup>, de suerte que se apuesta a un paradigma que llene de contenido filosófico, axiológico, jurídico, histórico y constitucional el derecho al debido proceso, para que se mantengan las aspiraciones en los planos académico y social, así como en la práctica jurídica.

## 1. FUNDAMENTACIÓN DEL DEBIDO PROCESO

La expresión “debido proceso” ha adquirido una importancia inusitada en los sistemas jurídico-políticos, al punto que con frecuencia se proclama por doquier tanto en el ámbito de las organizaciones internacionales y de las declaraciones constitucionales como en la opinión pública, en torno a la reivindicación de exigencias de defensa y salvaguarda de la persona humana. Precisamente todo lo humano necesita fundamentación para la búsqueda de unos principios que justifiquen racionalmente

---

2 Se trata, siguiendo a Iñaki Esparza, de una línea metodológica dentro de la teoría del proceso que permite determinar y juzgar el conjunto de garantías establecidas para cada proceso.

con ideas claras y distintas la realidad jurídica objetiva y subjetiva que se manifiesta con el debido proceso.

Desde el realismo *iusfilosofico*, dicha realidad es susceptible de ser conocida de diversas maneras en un continuo y vivo debate, además está unida por la idea de compartir ciertas asunciones y preocupaciones ante la manera en que se ve comprometida la vida misma en los juicios donde se discute sobre las sanciones, los derechos, las obligaciones y situaciones semejantes relacionadas con las normas jurídicas, los principios y los valores.

Por ello, resulta trascendental indagar sobre *qué es lo justo o lo debido en los casos concretos* a la hora de tomar una decisión judicial en un proceso donde el juez tiene el deber legal y constitucional de realizar el control de los actos procesales, así como crear un acto jurisdiccional razonable, toda vez que “*la verdad no se ha de investigar a cualquier precio, sino protegiendo la persona con su dignidad*”.<sup>3</sup>

Por lo demás, cuando se inicia el estudio del debido proceso en tanto derecho fundamental, es posible encontrar varios discursos desde las diversas ópticas en las que se mueven los derechos fundamentales como objeto de conocimiento.

## 1.1. EL DEBIDO PROCESO COMO DERECHO FUNDAMENTAL

### 1.1.1. Discurso histórico sobre el debido proceso.

En la tradición occidental el juicio estaba asociado a las ideologías o las cosmovisiones representativas del temor de la determinación de los hechos por parte del juez. Por ejemplo, en la sociedad germánica del siglo XIII, el hombre era juzgado conforme a un destino arbitrario y a la creencia, para lo cual se utilizaba la ordalía como principal método de aportar la prueba legal, así como los tipos probatorios del fuego y el agua en honor a los dioses. El primero era para las personas de alto rango y consistía en que éstas quedaban exoneradas de toda responsabilidad si se curaban debidamente de las quemaduras causadas, luego de pasar descalzas o con los ojos vendados sobre arados puestos al rojo vivo. El segundo era para el pueblo común y radicaba en que el sospechoso era declarado culpable si su cuerpo era llevado por las aguas contra su curso natural, o inocente si salía ileso después de meter brazos y piernas desnudos en agua hirviendo (Berman, 2001: p 67).

---

3 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-011 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Asimismo, en la historia de la humanidad han existido grandes juicios en los que se observa un desconocimiento de las formas jurídicas porque se creía, paradójicamente, que aniquilando la vida de un hombre bajo el influjo de las razones de la sociedad o del Estado, podía reafirmarse un nuevo orden o la ideología de turno, pues no se toleraba que se traicionara a la patria y, en consecuencia, se acusaba injustamente al sujeto a contrapelo de sus garantías. A guisa de ejemplo, la propia sociedad ateniense formuló acusaciones de impiedad a Sócrates, quien en su defensa al margen del sistema judicial deshumanizado, no reconoció su culpabilidad ni propuso una pena contra sí mismo, por lo que prefirió la condena a muerte antes que aceptar la injusticia de su tiempo.

Otro hecho histórico de raigambre revolucionario que vale la pena destacar es el acaecido a finales del siglo XVIII en Francia, habida cuenta de que el pueblo, que pretendía fundar una monarquía constitucional, acusó a Luis XVI de alta traición a la patria por sospechas de pretender huir del país para pedir ayuda al extranjero. A pesar de que la Constitución establecía la inviolabilidad de la persona del rey, se impuso la voluntad de la nación y éste fue detenido mientras que una comisión se encargó de realizar un examen preliminar para recaudar el material probatorio. Por su parte, la asamblea nacional fue legitimada para juzgar a Luis XVI y se preparó el acta de acusación contentiva de 44 acusaciones que eran desconocidas por el rey, por lo que éste solicitó una comisión de defensa. Y aunque no existía plena prueba se dictó una sentencia de pena de muerte que fue ratificada por el pueblo: *“Luis XVI era culpable, pero no se tenían pruebas de su culpabilidad (...) ¿La salud pública exigía que se acelerase el proceso del rey y que se llevara a la muerte?”* (Michelet, 1963: p. 7).

Acontecimientos como estos se pueden reconocer y rastrear en la historia pendular del mundo occidental donde primaron las ideas utópicas que se querían imponer a nombre de ideologías o políticas de toda laya, a costa de instituciones como la separación de poderes, la independencia de los jueces y el debido proceso.

Paralelamente, el hombre se ha resistido a perder progresivamente sus derechos y ha mantenido en su conciencia común la esperanza de que todas las instituciones jurídicas y las normas estén integradas con la plenitud de la vida en una cultura determinada. He ahí el derecho vivo que se forjó paulatinamente en la tradición jurídica de occidente al albor de las revoluciones, con el fin de establecer un recto orden y proclamar la realización de la justicia, además de otorgarle autonomía a los institutos legales -incluyendo los procesos- y confiarle la administración de los mismos a un cuerpo especial de personas dedicadas a la actividad jurídica.

Si bien la palabra “debido proceso” era desconocida como tal en la tradición greco-romana, ello no implica que el mundo de la antigüedad haya sido ajeno a las

aspiraciones de obtener juicios justos, pues es posible encontrar antecedentes como el proceso contra Sodoma y Gomorra o los principios para la administración de justicia que pueden leerse en el Antiguo Testamento (Bernal Pulido, 2005:333). De hecho, en la jurisprudencia se tiene como un principio de ética jurídica el siguiente suceso: “(...) Dios no dictó sentencia respecto de Adán, sino después de llamarle y proporcionarle la ocasión para que se defendiese. Adán, dijo Dios, ¿has comido la fruta del árbol prohibido?”<sup>4</sup>.

En todo caso, para esta línea narrativa un estudio de los orígenes del debido proceso vira hacia un acontecimiento importante en la evolución del concepto representado por la Carta Magna de 1215, mediante la cual el Rey Juan Sin Tierra tras las presiones de los barones de Runnymede, reconoció una serie de garantías procesales a los señores feudales, entre las que se destacan en términos actuales la garantía del juez competente (*legale iudicium parium suorum*) y el derecho material de ley preexistente (*per legem terrae*).

En el derecho inglés medieval se fecundó esa institución jurídica que, con los aportes del *iusnaturalismo*, refleja las aspiraciones de justicia del pueblo, por lo cual fue extendiendo su luz durante más de siete siglos a la historia constitucional estadounidense, de suerte que en las enmiendas Quinta y Decimocuartas de la Constitución federal de Filadelfia, se plasmó la expresión “*due process of law*” para disponer que ninguna persona podía ser privada de sus derechos fundamentales a la vida, a la libertad o a la propiedad sin el “debido proceso legal” o sin un juicio limpio -*fair trial*-.

*Ab initio* el debido proceso se concibió como una garantía de la libertad personal contra las arbitrariedades del monarca y los jueces. Posteriormente, gracias a la constante interpretación jurisprudencial y a los reclamos de los litigantes y la sociedad convulsionada, el concepto ganó en profundidad a finales del siglo XIX, por lo que se le dio también un contenido estimativo que limita al órgano legislativo y provee una forma de autocontrol constitucional de la administración de justicia. Por ello, la institución que se estudia es un ejemplo interesante “*para demostrar cómo influyen en la interpretación de las normas jurídicas y en la política jurídica que hacen los altos tribunales al interpretar esas leyes, las valoraciones ambientales*” (Linares, 2002:18).

Así, desde el constitucionalismo norteamericano, el debido proceso ostenta la naturaleza de un principio general del derecho constitucionalizado que consta de una *faceta procesal* contentiva de un conjunto de garantías irrenunciables del *juicio*

---

4 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado No. 14821. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C. Veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

*limpio* como la contradicción, la igualdad, la publicidad, el juez natural e imparcial, entre otras, a las que deben acogerse todos los sujetos en las actuaciones que afectan la vida, la libertad y la propiedad. En concordancia con lo anterior, deviene la *faceta sustancial* del debido proceso que apunta a establecer un estándar axiológico válido dentro del cual pueden actuar los órganos encargados de restringir razonable y proporcionalmente los derechos.

En el derecho europeo continental, específicamente en Alemania, se recepcionó el debido proceso (*fairen verfahren*) como un principio o un instrumento de interpretación. Asimismo, como lo señala Iñaki Esparza, en el ordenamiento español se consagraron en el art. 24.2 de la Constitución las garantías que aseguran el carácter de debido del proceso, al cual se le ha dado un alcance amplio por participar de la naturaleza de los principios generales del derecho o la de un principio constitucionalizado en relación con las garantías jurisdiccionales, y por su carácter expansivo en la medida en que el desarrollo del Estado de derecho implique la incorporación de nuevos contenidos (Esparza, 1994: p. 328).

#### 1.1.2. Discurso filosófico-político del debido proceso.

¿Qué ocurriría en un Estado donde no hubiera una manera preestablecida de juzgar? Alguien se alzaría por encima de los demás para imponer reglas de conducta encaminadas a su cumplimiento, de manera que si lo desobedecen él mismo interpone la sanción a su arbitrio y voluntad, sin un procedimiento previo que conociera quien cometiera la falta. Esto corresponde a una autocracia propia de las monarquías absolutas donde un sólo órgano soberano se abroga la facultad de hacer y modificar la ley, imponer sanciones y gobernar la conducta del grupo social.

Sin embargo, esa teoría de legitimación del poder desdice la división de poderes y el establecimiento de un proceso debido. Por eso, como se estableció desde la Carta Magna de 1215, hay algunos que hacen la ley y un cuerpo de jueces que la aplican, lo cual resulta benéfico para las sociedades porque evita la concentración de poder, garantiza la unidad del Estado y la libertad de los ciudadanos.

En este contexto, adquieren relieve las teorías contractualistas de la modernidad porque es el propio hombre quien crea las instituciones desde el consenso y el discurso, con el fin de garantizar los derechos del individuo quien, como decía Kant, es un fin en sí mismo y por ende no puede ser cosificado ni utilizado para la satisfacción de las razones de Estado.

El hombre se erige en un verdadero acontecimiento céntrico que no está atado a la fatalidad de la naturaleza, sino que él -como lo ha puesto de manifiesto Rousseau (2002: 139)- ocupa un importante lugar en el mundo y tiene inspección sobre el

todo, debido a su autodeterminación que le permite arreglar su vida de acuerdo con propósitos legítimos. De ahí que el hombre se gobierna así mismo y busca conformar un orden social donde se reconozca la pasión por la igualdad y la dignidad humanas.

Ese es el parámetro público político de la moralidad donde los ciudadanos virtuosos con su libertad y capacidad de discernimiento, participan en la conformación democrática del Estado, el cual se enfrenta a constricciones morales representadas en lo que el padre del liberalismo (Locke) denominó los derechos naturales e inviolables del individuo, en tanto límites infranqueables al ejercicio del poder político.

Ese es el valor del “Estado de derecho” que establece una limitación formal y material de los órganos del poder estatal (Bobbio, 2009: p. 300). Esta esfera garantista de los derechos es precisamente el rasgo distintivo de la sociedad humana civilizada que ha adoptado muchas formas en la historia del pensamiento, pero cuya concepción descansa en la siguiente convicción: “*existen valores verdaderos, inmutables, universales, intemporales, objetivos, válidos para todos los hombres, en todas partes, en cualquier tiempo; que estos valores son, cuanto menos en principio realizables...*” (Berlin, 1983: p. 189).

Las máximas de convivencia humana y la conciencia de la libertad, representadas en los derechos que el sujeto tiene frente al Estado, permiten al hombre no quedarse estancado en la nostalgia siguiendo el curso de los acontecimientos de la historia que pretendían enajenarlo y someterlo a una concepción determinista de sí mismo y de la sociedad, sino más bien salir de su predicamento para fundar a partir de sus potencialidades y claridad moral, un programa práctico donde los valores se vean personificados en los derechos fundamentales que son toda una conquista en contra de las mayorías (Dworkin, 1984) o “*la decisión política y moral que hemos tomado de respetarle a una persona una libertad o una prestación así se caiga el mundo*” (López Medina, 2006: p. 59).

Así el progreso del Estado de Derecho está marcado por el desarrollo y consagración de garantías capaces de hacer realidad los valores propios de la cultura moderna, cuya reivindicación acicateada por la esperanza de una restauración y transformación social y cultural, deviene en un “Estado constitucional” (Zagrebelsky, 1995: pp. 21-45) donde la Constitución cumple una importantísima función de mantener la unidad y la paz o, si se quiere, prescribir un orden diseñado con fundamento en los principios y valores superiores.

### 1.1.3. Discurso jurídico- positivo del debido proceso.

La teoría jurídica general de los derechos fundamentales planteada por Robert Alexy, aporta elementos indispensables para el estudio del debido proceso desde

su estructura dogmática dentro de un ordenamiento jurídico específico como el colombiano.

Este discurso propone el problema de los derechos fundamentales a partir de su carácter universal, es decir, “todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a ‘todos’ los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva o negativa adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (Ferrajoli, 2001: p. 19).

En este sentido, se destaca la dimensión analítica que permite auscultar en los enunciados normativos la posición jurídica<sup>5</sup> que le es reconocida como derecho a una persona en las relaciones jurídicas o frente al Estado. Esas posiciones jurídicas fundamentales pueden ser designadas como (i) derechos a algo, (ii) libertades y (iii) competencias (Alexy, 1993: 186). Por ejemplo, en el art. 29 de la Constitución Política de Colombia se establecen los siguientes enunciados normativos: “*El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas*”. “*Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas de cada juicio*” (...). Acá se califica como debido el proceso donde se respeten a “todas” las personas los principios de legalidad del juez y de la audiencia que incluye el derecho de defensa y las formas procesales.

Sobre el particular la H. Corte Constitucional expuso lo siguiente en sus primeras sentencias:

*La institución del Debido Proceso está contemplado en todas las legislaciones y ello ha permitido consagrar este principio como pilar fundamental de la tesis que forman el Debido Proceso Universal. Ya particularizada la figura del debido proceso se convierte en un derecho fundamental constitucional en beneficio de las personas consideradas partes dentro de la relación procesal.<sup>6</sup>*

*El debido proceso comprende un conjunto de principios materiales y formales entre los que se encuentran el principio de legalidad (memo index sine lege), el principio del juez natural o juez legal, el principio de favorabilidad penal y el principio de presunción de inocencia, todos los cuales en estricto rigor responden mejor a la estructura jurídica de verdaderos derechos fundamentales. El art. 29 de la Carta contempla, además, otros derechos que se entienden*

5 “Por ‘posición jurídica’ se entiende toda situación de un sujeto de derecho (individuo o grupo) dentro del ordenamiento jurídico, la cual debe poder ser fundamentada suficientemente mediante razones válidas, y cuyo no reconocimiento le ocasiona un daño injustificado”. ARANGO, Rodolfo (1997) p. 66.

6 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-419 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

*contenidos en el núcleo esencial del derecho al debido proceso, como son el derecho de defensa, el derecho de asistencia de un abogado, el derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, el derecho a presentar y controvertir pruebas, el derecho a impugnar la sentencia condenatoria y el derecho a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho (non bis in idem)” (cursivas y negrillas ex profeso).<sup>7</sup>*

El debido proceso se posesiona en el ordenamiento jurídico colombiano como un derecho fundamental reconocido a la persona y como tal se le asigna un nivel reforzado de protección frente a las actuaciones de los poderes públicos.

Así, se predica ese derecho *prima facie* de la persona con relación al Estado (dimensión subjetiva), destacándose que desde su estructura normativa tiene la condición de principio, como quiera que no prescribe un supuesto de hecho, sino que sólo tiene consecuencia jurídica y en esa medida el Estado queda vinculado porque tiene que proporcionar diversos medios para alcanzar los fines y lograr definir el derecho en cada caso concreto.

Desde el esquema alexiano puede decirse que *a* tiene frente a *b* un derecho a *G*. Se trata de una relación triádica, cuya citada norma jurídica válida de carácter constitucional le reconoce a “toda” persona la facultad jurídica de exigirle al Estado como destinatario, una determinada acción consistente en los derechos prestacionales y de defensa para que éste no afecte ni mucho menos elimine en sus actuaciones judiciales o administrativas las posiciones jurídicas *iusfundamentales* reflejadas en el haz contenido en el art. 29 de la C.P, pues de lo contrario, con un actuar disfuncional a los principios constitucionales, se le ocasiona un daño injustificado al sujeto de derechos.

En el Estado el individuo como epicentro de la actividad estatal tiene una posición favorable a la libertad jurídica, para cuya protección se requieren las acciones positivas y negativas del Estado. Por ejemplo, el debido proceso como derecho integrante de las normas adscritas a la Carta *iusfundamental*, se constituye en uno de los totems de la libertad tanto positiva como negativa, pues el Estado no sólo debe proteger la autodeterminación del ser humano forzosamente de carácter fi-

---

7 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-474 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero. Además ha expresado: “Los principios establecidos en la Carta constituyen fundamento para todas las actuaciones que se surtan ante las autoridades públicas, pero éstas disposiciones constitucionales del debido proceso se desarrollan y concretan mediante la incorporación legal, pues es la ley la que se encarga de realizar las previsiones procesales que permitan a todas las personas el acceso a la justicia y la definición de derechos bajo el amparo de este principio constitucional”. REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-445 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

losófica y moral, sino que también debe otorgarle garantías para no ser impedido por el propio Estado y los demás ciudadanos.

En este aspecto también juega un papel importante en el ámbito del derecho las posiciones denominadas “competencias”, cuyo ejercicio implica acciones institucionales que presuponen reglas jurídicas constitutivas o “normas de competencia”. Así, *ad examplum*, el proceso requiere reglas jurídicas claras *ex ante* para finalmente crear un acto jurídico por excelencia cual es la sentencia *motivada* fundada en derecho, de no ser así sólo existiría un mundo ilusorio o mágico donde se revela su fragilidad cuando los sujetos las infringen o se apartan de ellas.

En todo caso, el ciudadano tiene la facultad para hacer valer judicialmente las violaciones de sus derechos mediante el derecho público subjetivo de acción que goza de protección *iusfundamental*. De esta manera, en el orden jurídico se otorga la garantía institucional que le prohíbe imperativamente al legislador expedir cualquier norma encaminada a eliminar o modificar la posición jurídica favorable que tiene el sujeto, pues de no ser así se obstaculizaría su libertad para hacer realidad sus deseos acordes con los mandatos legales y constitucionales.

Por ello, el ejercicio de la competencia de los órganos estatales ha de estar controlado mediante un instrumento metodológico adecuado como el principio de proporcionalidad mediante el cual se hacen “operativos los derechos fundamentales como límites al ejercicio del poder público” (Bernal, 2007: p. 532), de suerte que toda intervención en el ámbito *iusfundamental* exige la justificación de los fines buscados y los medios utilizados para su concreción.

Desde esa máxima de proporcionalidad, se reafirma el carácter de principios de los derechos fundamentales, incluido el debido proceso. He ahí su naturaleza jurídica que está contemplada en los tratados y convenios internacionales, así como en el desarrollo jurisprudencial de la H. Corte Constitucional que ha propuesto un “debido proceso constitucional” con el alcance de un derecho fundamental “como un todo” (Alexy, 1993:240), es decir, como un haz de posiciones *iusfundamentales*, y de un principio general del derecho con vigencia en el campo judicial, administrativo, académico y otros contornos donde no se ejerce función jurisdiccional.

En todo caso, para abordar el problema dogmático del debido proceso, es preciso columbrar el papel del juez-intérprete porque es en sede judicial donde adquiere significatividad la discusión de su justiciabilidad, esto es la relación entre el derecho fundamental y los juicios concretos de deber ser, de modo que el debido proceso es justiciable cuando el operador lo respeta y utiliza como *ratio* para crear una norma válida (la sentencia judicial) mediante procedimientos diáfanos.

## 2. HERMENÉUTICA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL DEBIDO PROCESO

La Constitución de 1991 como norma jurídica en un sentido pleno y por ende con eficacia directa, comporta un importante cambio hermenéutico para los operadores jurídicos, quienes deben inspirarse en los valores y principios que de ella emanan con un trasluz de sentido a las reglas, las instituciones y los procedimientos, en aras de buscarles el máximo de eficacia en la ordenación de las relaciones sociales bajo la égida y fortalecimiento del respeto a la persona humana que justifica la existencia de supremos derechos como el debido proceso.

Esta tendencia propia de la democracia constitucional apareja garantías procesales ineludibles que hacen posible y desarrollan el debido proceso, de suerte que la constitucionalización de aquéllas se constituye en el principio de su tutela adecuada. Lo anterior, desde la visión ontológica de Karl Loewenstein (1970:217), implica una efectiva observación por todos los destinatarios para que su contenido no sea meramente nominal o semántico, pues de lo contrario se crea un mito o normas-fachada para mantener los derechos en medio de la intangibilidad del orden establecido.

Cabe advertir que para la existencia de un auténtico Estado Constitucional y Democrático de Derecho fundado en la Carta de Derechos como núcleo de los valores y base fundamental de interpretación y aplicación, adquiere un papel prominente la labor de la hermenéutica jurídica que está orientada a la acción y por ende adquiere valor a la luz de la concreción del caso que se pretende resolver, de modo que el intérprete operativo debe derivar de los principios constitucionales la normatividad aplicable para superar la incertidumbre o las lagunas axiológicas, con el fin de lograr una solución más equitativa que consulte la Constitución y la realidad fáctica relevante o la *quaestio facti* que tiene una influencia determinante en la interpretación normativa.<sup>8</sup>

Así, en numerosos casos se han tutelado en sede constitucional los derechos de los ciudadanos por violación directa de la Constitución, cuando el juez no tiene en cuenta sus prescripciones más elevadas en el razonamiento jurídico o no le asigna un adecuado grado de eficacia a las reglas y los principios constitucionales, pues

---

8 Al respecto, se destaca la postura del jurista Perfecto Andrés Ibañez quien, influenciado por el refinado Luigi Ferrajoli, pretende recuperar esa dimensión fáctica de la actividad judicial que debe ser tenida en cuenta inevitablemente por el intérprete operativo porque le proporciona un ámbito discursivo en la aplicación racional del derecho. Cfr: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. (2007).

es menester que éstos se optimicen en la mayor medida posible y no se sacrifiquen más allá de lo necesario y proporcionado.<sup>9</sup>

No es admisible constitucionalmente que las categorías jurídicas no compaginen con el derecho a la tutela judicial efectiva que lleva ínsita el debido proceso, por ello el intérprete tiene que adecuarlas a la Constitución y en ese tránsito de los mandatos legales a la acción, resulta trascendente la comprensión hermenéutica que articula en medio del *pluralismo*, la *conversación interactiva* y el *acuerdo*, la evidencia textual con el esquema de la vida o, quizá mejor, el “contexto”<sup>10</sup> que llena de sentido el ámbito jurídico para adecuarlo a las aspiraciones de la sociedad actual.

En esta dimensión operativa, la persona como fuente esencial de la juridicidad, se erige en el acontecimiento céntrico del mundo de la experiencia constituido por significados que contribuyen al sustento de las diversas formas de comprensión, de tal suerte que el intérprete le dé sentido a la realidad, asuma su compromiso con las normas y las prácticas existentes, allende posibilite cristalizar la igualdad, libertad y dignidad humanas.

Este modelo hermenéutico tiene que ver con el discurso socrático en el cual *ab initio* a través del preguntar, se avizora una ausencia de discurso y la separación entre el sujeto y el objeto, al punto que el interlocutor reconoce su ignorancia y retira temporalmente su compromiso o prejuicios hasta tanto se dé una revisión de las posibilidades de apertura del sentido de la realidad objetiva a partir del conocer subjetivo; este comportamiento productivo establece la “autocomprensión” y el desplazamiento hacia la tradición y las construcciones sociales. Así, la nueva hermenéutica asume el papel de intermediaria entre varios discursos y mantiene la

---

9 A manera de ejemplo, la H. Corte Constitucional en sentencia T-888 de 2010 se refirió al caso de un ciudadano que solicitó la tutela de los derechos fundamentales al debido proceso, la igualdad, el acceso a la administración de justicia y la vida digna, por cuanto el juez ordinario consideró que no estaban llamadas a prosperar las pretensiones de impugnación de la paternidad porque no había un “interés actual”, pese a haber instaurado la acción dentro de los 20 días siguientes al conocimiento de la prueba de ADN que excluyó la paternidad de una niña a quien reconoció con dudas como hija suya cuatro años antes. Los jueces interpretaron la normatividad civil anterior y posterior a la Ley 1060 de 2006 en un sentido estricto y legalmente admisible, pero constitucionalmente inaceptable porque se configuró una laguna axiológica al resolverse el caso sin tener en cuenta la prueba de ADN que proporcionó una propiedad fáctica relevante con un estándar de certeza científica, y allende no se colmó con una labor hermenéutica diversa que no sacrificara los derechos jurídicamente protegidos, puesto que no se pueden poner obstáculos desproporcionados para acceder a la administración de justicia.

10 “Por ‘contexto’ se toman ciertos datos de la realidad, de particular incidencia en la tarea de que se trata: la inevitable colocación del juez-intérprete en el marco de algunos parámetros de naturaleza político-cultural (hoy, a veces, directamente política) y también de carácter institucional; la dimensión constitutivamente conflictual del tema sometido, en cada caso, a su consideración; la necesidad de dar una solución –que responda idealmente a la *verdad* de los hechos-, plausible en términos empíricos, a un problema, mediante la aplicación de un precepto”. IBÁÑEZ, Perfecto Andrés. (2007) p.2.

esperanza de llegar a un acuerdo significativo a favor del hombre y la comunidad (Rorty, 1989:289).

Si el intérprete tiene en cuenta el prístino valor de la Constitución “*como compendio de los derechos fundamentales... que inspiran el respeto al sistema jurídico dándole sentido en sus diversas partes*” (Kahn, 2001:152), comprenderá que sólo a través de la hermenéutica constitucional es posible la materialización de los derechos en la práctica legal o en el “nosotros judicial” (Kahn, 2001) que implica reconocer el Estado Constitucional y Democrático de Derecho como un conjunto de significados frente a las normas referentes al debido proceso, las cuales no se pueden reducir a meras reglas técnicas, sino que son normas en sí mismas previstas además en los Tratados Internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, razón por la cual son fuente obligatoria de derecho, integran la normatividad procesal y orientan dinámicamente la función jurisdiccional del operador jurídico para realizar los derechos sustanciales.

En este esquema, el aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es innegable en el plano procesal porque ha favorecido la comprensión progresiva del debido proceso contenido en el art. 8 de la Convención Americana que, como ha advertido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser interpretado de manera amplia sin exclusión de los otros derechos inherentes al ser humano o que se deriven de la forma democrática de gobierno.

En este sentido, el operador jurídico cuenta con un conjunto de principios hermenéuticos en el ámbito del debido proceso, cuya observancia es necesaria para preservar la protección del individuo y la realización de un valor jurídicamente protegido como la justicia. Entre ellos pueden citarse los siguientes:

- ***El principio de interpretación conforme a la Constitución.*** En el Estado constitucional garante de los derechos fundamentales, se destaca ese principio que deviene del valor normativo de la Constitución y de su supremacía irradiante de los valores materiales portadores del sentido propio de la unidad del ordenamiento jurídico que, como dice Eduardo García de Enterría, está

*expresada en unos principios generales del Derecho, que o al intérprete toca investigar y descubrir (...), o la Constitución los ha declarado de manera formal, destacando entre otros, por la decisión suprema de la comunidad que la ha hecho, unos valores sociales determinados que se proclaman en el solemne momento constituyente como primordiales y básicos de toda la vida colectiva. Ninguna norma subordinada –y todas lo son para la Constitución– podrá desconocer ese cuadro de valores básicos y **todas deberán interpretarse en el sentido de hacer posible con su aplicación el servicio, precisamente, a dichos valores** (negrillas ex profeso). GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. (1991) pp. 97-98.*

De ahí que, si bien el intérprete de una norma procesal relativa al debido proceso, puede obtener varios sentidos con los métodos tradicionales de interpretación savignianos que han sido reconocidos por el legislador (arts. 25 y ss. del C.C), no es dable desconocer la complejidad que ello adquiere en la estimativa proporcionada por el contexto necesario de la Constitución, la cual guía al operador jurídico hacia la materialización de los valores. Por ello, Enterría manifiesta que el criterio interpretativo fundamental radica en “construir la vida social y política como un proceso indefinidamente abierto” (García de Enterría, 1991), donde los derechos fundamentales adquieren el carácter de irreversibles y su despliegue evolutivo a nivel nacional e internacional<sup>11</sup> crea un ambiente favorable a la idea integral del hombre.

- **La no discriminación y la igualdad ante la ley.** Como dice Cornelius Castodioris el principio de igualdad es una *significación imaginaria social* que anima desde hace siglos las luchas sociales y políticas tendientes a instaurar el proyecto de una *sociedad autónoma* que no quiere ser avasallada por sus propias leyes y por ello permanece abierta la interrogación: ¿cuál es la ley justa? (Castoriadis, 1998: 40).

Lo que el individuo pide al Estado es la garantía de sus goces representados en la dignidad e igualdad humanas como uno de los grandes legados de la cultura occidental, donde se hizo patente la igualdad mediante el uso de la palabra (isegoría), como quiera que cuando los sujetos participan en un diálogo están dispuestos a escucharse en un lugar común prevalido de una ley igual para todos (isonomía) sin discriminación alguna *de jure o de facto* basada en la condición de la persona.

En la Constitución Política de 1991 está contenido el mandato de *prohibición de discriminación* en el inciso 1° del art. 13, como corolario de ello no se puede introducir en el ordenamiento jurídico regulaciones legales que atenten contra

---

11 En este sentido la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado: “[e]l desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados. Es así como se ha establecido, en forma progresiva, el aparato de las garantías judiciales que recoge el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, al que pueden y deben agregarse, bajo el mismo concepto, otras garantías aportadas por diversos instrumentos del Derecho Internacional”. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Opinión Consultiva 16/99, párr. 117.

la igualdad, pues inclusive Colombia se ha obligado a ello al suscribir los Tratados Internacionales que contienen ampliamente las garantías mínimas<sup>12</sup>.

Sin embargo, la “*igualdad no es nunca igualdad en todo*” (Sartori, 1994: 182) y en esta medida es posible establecer tratos diferentes en situaciones que ameriten una diferenciación en virtud del *deber de promoción y protección* de los desfavorecidos, como lo preceptúan los incisos 2º y 3º del artículo en comento, con el fin de establecer una igualdad real y efectiva para ir superando las diferencias existentes en el plano de la realidad.

- ***El principio pro homine.*** Se trata de un importante criterio hermenéutico<sup>13</sup> que guía al intérprete para establecer una línea argumentativa a favor de individuo, de suerte que en cada caso concreto se le dé a las normas el sentido y la aplicación más favorable al ser humano, con el fin de proteger la vigencia de sus derechos fundamentales. Por eso, la Corte Constitucional colombiana ha asociado este principio *pro homine* con ese rasgo fundamental del “derecho de los derechos humanos”, razón por la cual se debe acudir a la interpretación más extensiva para reconocer los derechos protegidos, e inversamente a la más restringida cuando excepcionalmente se van a instituir restricciones o suspensiones legítimas y proporcionadas a su ejercicio.<sup>14</sup>

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia colombiana también ha tenido en cuenta el principio *pro homine*, abordándolo en la variante de la preferencia interpretativa, es decir que el intérprete debe optimizar el derecho fundamental que se materializa a través de subprincipios en el ámbito procesal. Así ha expresado:

*Una tal ponderación, inherente a la aplicación de los principios entendidos como mandatos de optimización, se traduce en hacer efectivo el principio pro homine, en virtud del cual se coloca a la persona humana como valor superior y primero y torna efectiva la concepción antropocéntrica de la Carta Política, también llamada dogmática ius humanista, que igualmente se materializa frente a otros fenómenos jurídicos, tales como: limitar lo menos*

12 Véase el marco normativo básico: arts. 1º y 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, preámbulo y art. 2º de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, arts. 2º, 3º y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

13 Está contemplado en el art. 31 de la Convención de Viena de 1969, arts. 29 y 55 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 5º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros instrumentos internacionales de alcance universal y regional, los cuales en Colombia se han equiparado al modelo constitucional y por ende esos tratados de derechos humanos forman parte de la Constitución Política de Colombia que tiene como fin el respeto de la dignidad humana.

14 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-284 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Sobre este principio *pro homine* puede consultarse PINTO, Mónica. (1997) p. 163 y ss.

*posible y sólo en cuanto sea necesario el derecho fundamental de libertad personal (principio favor libertatis), resolver la duda a favor del sindicado (principio in dubio pro reo), presumir la inocencia del procesado hasta que obre decisión definitiva ejecutoriada por cuyo medio se declare su responsabilidad (principio de presunción de inocencia), no agravar la situación del condenado cuando tenga la condición de impugnante único (principio non reformatio in pejus), aplicar la analogía sólo cuando sea beneficiosa al inculcado (analogía in bonam partem) y preferir en caso de conflicto entre distintas normas que consagran o desarrollan derechos fundamentales la que resulte menos gravosa en punto del ejercicio de tales derechos (cláusula de favorabilidad en la interpretación de derechos humanos), entre otros (cursivas y negrillas ex profeso).<sup>15</sup>*

En esas situaciones puede aplicarse el principio *pro homine*, que además en circunstancias concretas debe matizar el principio del formalismo (inciso 2º del art. 29 de la Constitución Política de 1991), como quiera que en el derecho procesal contemporáneo, prevalece la concepción de la justificación de la forma mientras esté instituida para la protección del debido proceso y la igualdad (Ramírez Gómez, 1999:203). He ahí el valor constitucional de la forma en tanto “guía a quien quiera pedir justicia” (Calamandrei, 2005: 322), o elemento funcional de los valores y principios que prevalecen en el proceso. Por ello, en la doctrina brasilera se propone el diseño de un “formalismo-evaluación”<sup>16</sup> para combatir el excesivo formalismo neutro o avalorativo y de contera establecer los límites dentro de las cuales deben cooperar y actuar el juez y las partes en el desarrollo del juicio.

- ***El principio de proporcionalidad.*** Existe una conexión inescindible entre el debido proceso y la máxima de proporcionalidad, puesto que aquél derecho fundamental tiene el carácter de principio y de tal condición se deduce ese criterio hermenéutico en sentido estricto que “*busca colocar dos magnitudes en relación de equilibrio*”<sup>17</sup>; en esta medida, como dice Robert Alexy, “la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto” (1997:112), de manera que la reducción del campo de aplicación de uno, no sea desproporcionada a la luz del principio afectado.

15 Corte Suprema de Justicia, Sala penal. Sentencia del 4 de mayo de 2005. Proceso No. 23567. M.P. Marina Pulido de Barón. Sobre las variantes del principio *pro homine*: preferencia interpretativa y preferencia de normas, puede consultarse CARPIO MARCOS, Edgar. (2004).

16 ALVARO DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo valorativo no confronto com formalismo excessivo (en línea). Disponible en: <http://www.alvarodeoliveira.com.br/home/artigos.php?id. Acesso: 2 de septiembre de 2011>.

17 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Véase igualmente la sentencia C-022 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

De hecho, la Corte Constitucional colombiana con base en el principio *pro homine*, le ha dado prioridad constitucional al debido proceso sobre otros principios de raigambre constitucional como la eficacia de la administración de justicia y la seguridad jurídica. Así ha expresado

*(...) en caso de conflicto irresoluble entre derechos constitucionales tan fundamentales, como la vida, la libertad o el debido proceso, y la persecución de objetivos estatales de interés general, como los que se logran con una justicia más eficaz, en principio debe el juez constitucional dar prevalencia a los derechos de la persona, pues es la única forma de conferir un efecto interpretativo real a la Carta de derechos.*<sup>18</sup>

En este sentido se destacan los derechos fundamentales como “manantiales de las innovaciones y las alternativas” (García de Enterría, 1991:101) que restringen cualquier interpretación o medida que irrespete su contenido esencial. Precisamente el principio de proporcionalidad constituye un “criterio estructural para la determinación del contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador (...)” (Bernal, 2007:539) y los demás poderes públicos. Se trata de un estándar jurídico que guía la optimización del principio, no sólo de acuerdo con sus posibilidades jurídicas ponderativas ya señaladas (*proporcionalidad en sentido estricto*), sino también fácticas, de tal manera que en la prosecución del fin legítimo está la exigencia constitucional de elegir el medio adecuado (idoneidad) que sea menos gravoso para los otros principios (necesidad).

He ahí una importante herramienta hermenéutica que tiene un efecto útil en la práctica judicial de todos los jueces, con el fin de darle sentido a las normas referentes al debido proceso que tienen un objeto cultural egológico reflejado en lo razonable y proporcional que debe jurídicamente cumplirse para que el acto procesal sea válido y no se lesione el campo de libertad, igualdad y dignidad propio del individuo frente a los poderes públicos, de no ser así éstos tendrían un amplio arbitrio a la hora de interpretar y aplicar las normas.

### 3. JUSTICIABILIDAD DEL DEBIDO PROCESO

El debido proceso tiene la dimensión de un derecho fundamental que descansa en los valores válidos y realizables para todo ser humano. De ahí que su importancia radica en constituir un imperativo constitucionalizado que –siguiendo al profesor

---

18 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-669 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

Tulio Elí Chinchilla (1999)- está dotado de un conjunto de garantías reforzadas no sólo formales sino también materiales como la igualdad real, la defensa técnica, entre otras, que tienen eficacia directa y pueden ser aplicadas desde la Constitución, de suerte que de esta positivización devienen exigencias de libertad e igualdad humanas, así como deberes y obligaciones exigibles a otros sujetos. Por ejemplo, a fuer del derecho de defensa es posible que su titular requiera tutela a la autoridad competente para que no se deje en situación de indefensión en cuanto a su participación igualitaria.

Como corolario de la fundamentalidad del debido proceso, el justiciable por la vía de la justiciabilidad concentrada o difusa puede exigir el respeto del contenido del derecho o las garantías que lo conforman como límites de equilibrio frente a los poderes públicos, para lo cual en el requerimiento de optimización pueden utilizarse reflexivamente las pautas hermenéuticas en el sistema democrático, en el procedimiento legislativo y en el ámbito de aplicación judicial de la ley, pues de lo que se trata es de lograr el máximo de efectividad, controlar las restricciones y dejar inerte el núcleo esencial del debido proceso, es decir, aquellas barreras infranqueables que no se pueden tocar bajo ninguna circunstancia como la dignidad humana, la integridad física, la no retroactividad de la ley sancionatoria y el principio de favorabilidad.<sup>19</sup>

Uno de los mecanismos directos de justiciabilidad concentrada que se activa a través de la acción pública de inconstitucionalidad o por mandato imperativo de la Constitución, es el control constitucional como representación argumentativa o discursiva (dimensión ideal) del pueblo –siguiendo a Robert Alexy-<sup>20</sup>, lo cual presupone tanto la existencia de argumentos sólidos o correctos que pueden basarse en razones morales, como personas racionales que acepten éstos; se trata de generar una confianza en el hombre y su razón que justifica el constitucionalismo democrático.

Otro medio judicial muy importante al cual puede acudir cualquier titular del derecho es la acción de tutela, cuya competencia está radicada en todos los jueces (justiciabilidad difusa funcional) para buscar al máximo la eficacia *iusfundamental*. En Colombia constantemente se interponen tutelas contra actos y omisiones de naturaleza judicial o administrativa por violación al debido proceso, siendo uno de los temas más recurrentes la tutela contra sentencias en el ámbito eminentemente legal. De hecho, la Corte Constitucional ha establecido la distinción entre el debido

19 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

20 Memórese así algunas palabras de Robert Alexy en el VII encuentro de la Jurisdicción Constitucional denominado “Diálogos constitucionales con el mundo”, el cual se adelantó del 10 al 12 de octubre de 2011 en la ciudad de Bogotá para conmemorar los veinte años de la Constitución Política de Colombia.

proceso constitucional y el de definición legal<sup>21</sup>, para reconocer que aquél protege las garantías esenciales o el núcleo duro de cualquier proceso desde la Constitución, mientras que el legislador se ocupa de regular el conjunto de formas legales necesarias para tutelar valores jurídicos. Por eso, en cada caso concreto al juez de tutela le corresponde valorar, por ejemplo, si el problema legal que se le plantea con respecto a una actuación o defecto puede comprometer el derecho fundamental al debido proceso, para así dimensionar constitucionalmente el asunto.

En todo caso, cualquier irregularidad que comporte una lesión grave iusfundamental, como la prueba ilícita obtenida con violación a los derechos humanos, genera la invalidez del juicio<sup>22</sup> porque en éste el fin no justifica los medios, y la verdad no puede obtenerse por encima de la integridad física y moral del ser humano.

Sobre el particular hay modos de comprender la justicia y por ello para algunos ésta puede obtenerse a expensas de los derechos de otros sujetos, pues consideran que es preferible lograr a toda costa la seguridad del derecho en el ejercicio de la función jurisdiccional que permanecer en la incertidumbre. Sin embargo, ello no genera confianza y legitimidad en las decisiones judiciales proferidas de espaldas a las garantías propias del debido proceso; razón por la cual la tutela lejos de atentar contra la cosa juzgada, la guarnece en su contenido con los derechos inherentes de la persona humana para impedir que aquélla se constituya en el sello de autoridad de una ilicitud o irregularidad, de esta forma con el amparo no se crea otro recurso procesal, sino que se da la posibilidad de revisar la decisión para situar su firmeza en el componente valorativo perdurable para todos los tiempos.

En estos asuntos el juez debe actuar con mucha cautela y operar en la lectura de la norma procesal con base en las pautas hermenéuticas, tomando como punto de partida el principio *pro homine* porque no se trata de declarar nulidades sin más por formalismos insulsos, pues existen situaciones concretas en las cuales la invalidez del acto procesal puede resultar inclusive más gravosa y por ende debe darse paso al principio de la celeridad procesal y a la prevalencia del derecho sustancial. Piénsese en una situación que se presenta frecuentemente en los despachos judiciales como la nulidad del acto de notificación por el incumplimiento de las formas. Por ejemplo, es sabido que en los procesos de pertenencia el art. 407 del C.P.C ordena el emplazamiento de las personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien por medio de un edicto que debe cumplir ciertas formas, so pena de que se

21 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Véase igualmente la sentencia T-685 de 2003. M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

22 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

invoque o declare de plano la causal de nulidad contemplada en el numeral 9° del art. 140 *ejusdem*. Al respecto algunos jueces y magistrados se muestran escrupulosos con la exigencia de las formalidades como indicar en el edicto la clase de prescripción alegada (ordinaria o extraordinaria), al punto que por esa omisión declaran la nulidad sin acudir a un criterio teleológico.

Si el operador jurídico realiza el juicio de proporcionalidad podrá observar que la finalidad esencial propuesta por el legislador al regular las formas del edicto, radica en proteger los más caros intereses de orden público para que el proceso no se desarrolle a espaldas de los interesados, lo cual goza de apoyo constitucional en el art. 29 de la C.P. de manera que si el acto cumple su fin de publicidad encaminado a la formación del contradictorio fuerte, y la omisión o incumplimiento defectuoso no tiene una trascendencia real en el juicio, no se justifica constitucionalmente que se declare la invalidez si no hay una afectación al derecho fundamental al debido proceso o al núcleo duro de las garantías procesales.<sup>23</sup>

Así las cosas, las irregularidades vacías deben ceder en beneficio del derecho sustancial, pero cuando se vulneran los presupuestos de validez del proceso, aquéllas son insaneables y por ende adquiere realce el debido proceso, reafirmandose así la autonomía del Derecho Procesal que aspira a hacer efectivas las garantías constitucionales.

En este orden de ideas, uno de los aspectos que define el debido proceso es la legalidad del juez -exclusivo, trops, imparcial y autónomo-, de modo que si el sujeto que dirige y conoce el juicio no está autorizado constitucionalmente ni preconstituido por la ley procesal, se afectan de manera flagrante los presupuestos de la jurisdicción y la competencia, por lo que el proceso deviene nulo así se hayan observado las demás garantías. En este evento, no podría afirmarse que se respetó el debido proceso ni mucho menos que prevalece el derecho sustancial sobre el formal.

En punto a la legalidad de la audiencia, debe destacarse que todo justiciable tiene derecho a ser oído en igualdad de condiciones sin generar en el desarrollo del proceso indefensión en ninguna de las partes. He ahí un límite negativo del debido proceso y una garantía propia de la tutela efectiva que debe garantizarse a ultranza desde que se accede a la jurisdicción, pasando por el proceso debido hasta la efectividad de la sentencia fundada en derecho. Lo anterior supone, que el pretensor

---

23 Al respecto, el Tribunal Constitucional Español ha indicado “*no toda irregularidad formal de la resolución puede intentar reconducirse al terreno de su inconstitucionalidad por la vía del recurso de amparo, sino aquellas que tengan trascendencia en relación con la observancia de los principios que se encuentran en la base del precepto constitucional, como el de contradicción y otros que podrían citarse*”. Sentencia del 15 de julio de 1982. Citada por GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús. (1984) p. 115.

debe formular de manera clara los enunciados descriptivos y la petición, de suerte que el opositor pueda participar con su dialéctica oportuna frente a la pretensión procesal o acusación formulada, sin que “*por decisiones del órgano judicial se produzca una disminución indebida de las posibilidades legales de defensa*” (González Pérez, 1984). Por esa razón, el juez no puede salirse de los límites fijados por las partes (congruencia procesal) y tiene que ser celoso con las garantías ineludibles de los sujetos, para no modificar abruptamente en la sentencia el título de la imputación establecido en el *petitum*<sup>24</sup>.

Esto no comporta un culto vano al formalismo excesivo, más bien se apuesta en un Estado Constitucional y Democrático de Derecho a un proceso impregnado de valores al servicio del hombre quien no puede ser tratado como un objeto maleable, sino como un sujeto situado en un lugar de prominencia. Esta premisa conduce al surgimiento de deberes jurídico constitucionales a cargo del juez como garantizar la participación *a priori* de las decisiones que adopte, y conformar el juicio con base en el valor de la seguridad jurídica que está vinculado, entre otras cosas, a la no retroactividad de la norma procesal (excepto en materia penal cuando favorecen al reo) y a la protección de los derechos adquiridos. Aquí cobra especial relevancia el asunto de la vigencia de la norma procesal en el tránsito de legislación; piénsese por ejemplo en un proceso de pertenencia que está en curso y al cual la ley asignó la competencia a los jueces civiles del circuito en primera instancia (numeral 4º del art. 16 del C.P.C), pero luego el legislador introduce una modificación para radicar su conocimiento en los jueces municipales. En esta hipótesis, el juez en salvaguarda de los derechos de los sujetos puede en virtud del *principio de interpretación conforme a la Constitución*, acudir a un mecanismo de justiciabilidad difusa como la inaplicabilidad o excepción de inconstitucionalidad (art. 4 de la C.P.). Además en razón de los principios de la *perpetuatio iusisdictionis* y de favorabilidad que tienen plena vigencia de raigambre constitucional, tiene la posibilidad de aplicar el efecto ultractivo de la norma antigua, como quiera que si se aspira a un proceso equipado de garantías de protección judicial, no se puede agravar la situación de un sujeto con la eliminación de oportunidades procesales como el recurso de casación “*que históricamente pertenece a los humildes*” (Escobar J Guillermo, 2007:271) en atributo de la defensa del derecho objetivo y la unificación de la jurisprudencia “*para que en un momento dado refleje las aspiraciones de justicia de un pueblo y,*

---

24 Para un análisis crítico de este tópico véase las siguientes sentencias: Consejo de Estado, Sección 3ª, Exp. 15662 de 2009, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 3 febrero de 2009, M.P: Ruth Marina Díaz Rueda, Exp. N° 11001310302003-00282-01. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de octubre de 2001, R.5906. M.P: José Fernando Ramírez Gómez.

*de contera, restañe las heridas, repare el agravio y alivie el sufrimiento injustamente inferido al hombre*” (Escobar J Guillermo, 2007:272).

#### 4. JUEZ, PROCESO Y RAZÓN PRÁCTICA

El gran legado de los juristas romanos y medievales radica en concebir la jurisprudencia (*iuris-prudentia*) como un discurso problemático que no se reduce a un esquema mental axiomático-deductivo, sino que requiere un razonamiento revestido de la tópica o “el arte de tener presentes en cada situación vital las razones que recomiendan y las que desaconsejan dar un determinado paso” (Viehweg, 1986:54).

Este *ars inviniendi* irrumpe en el sistema jurídico a través del proceso de interpretación y aplicación en cuestiones prácticas con pretensiones de razonabilidad en el marco de los postulados del Estado Constitucional. En tal esquema de la *phónesis* aristotélica, se reivindica la razón en el discurso jurídico desde la experiencia, la Constitución y sus principios orientadores de la acción, con miras a argumentar y discutir dialécticamente en torno a ellos. He ahí el objeto de la *razón práctica* y en ese sentido, como dice Viehweg, “razonar en derecho, interpretar las normas o los actos jurídicos, aplicar el derecho, no es más que operar con esos principios, alrededor de los cuales se ordena todo el particularismo de las reglas y de los actos concretos.” (1986:54).

Es sobre todo en los tiempos modernos que debe rehabilitarse la razón práctica en el ámbito del proceso, para que se avance progresivamente en la tutela efectiva de los derechos. Para el efecto, se plantean las siguientes preguntas: ¿cuál es la ideología del proceso civil acorde con la realización del Estado Constitucional? ¿Cuál es el verdadero papel del juez?

Uno de los primeros aspectos sobre los cuales debe virar un análisis de esta índole, radica en tener clara la concepción del proceso y sus fines. Pues bien, la ideología procesal dominante del *common law* está encarnada desde diversas versiones en la visión adversarial o controversial del juicio, lo cual, como dice Taruffo, excluye que la decisión judicial se inspire en criterios extrínsecos y de justicia sustancial, por lo que en las controversias jurídicas impera el más fuerte y de contera al final del proceso subsidiario e instrumental, el juez adjudica o declara los derechos preexistentes a la parte vencedora (Taruffo, 1996:136).

Con razón se afirma cada vez más la necesidad de un derecho procesal contemporáneo permanentemente ligado al principio constitucional del debido proceso y a las situaciones de hecho, que requieren progresivamente la juridificación de nuevos derechos de garantía que se vinculan a las necesidades básicas dignas de

protección. Desde esta perspectiva, la jurisdicción juega un papel primario, que se encuentra disciplinado por la recomposición dinámica del derecho procesal, a partir de nuevos modelos tendientes a asumir el compromiso constitucional de desarrollar y realizar las garantías fundamentales. Este quehacer jurídico exige la proyección inmediata de las teorías procesales de la justicia, el tridimensionalismo jurídico, la teoría egológica del derecho, el realismo jurídico, entre otras, para superar la crisis de la razón jurídica y configurar el derecho procesal colombiano como un sistema de garantías constitucionalmente preordenado a la tutela jurisdiccional.

La voz del garantismo procesal propio de la sociología judicial adquiere eco en el proceso como “espacio real de manifestación del ser del hombre, se manifiesta como ethos” (Agudelo Ramírez, 2004:172) regido por un conjunto de principios que posibilitan el método de debate dialéctico o un proceso dialógico donde las partes están dispuestas a escucharse en un lugar común prevalido de la libertad y la igualdad al lado del debido proceso, sin que en modo alguno se adopte la lógica del ganador-vencedor o del amigo-enemigo, pues “*el único enemigo es aquel con quien no podemos ejercitar la sublimación de la palabra y su fuerza regeneradora, su poder revivificante, es aquel con quien no podemos dialogar*” (Vélez Luis Fernando, 1987:167).

El proceso no es un escenario de competencia o contienda a pesar de los intereses opuestos que abrigan las partes porque “cada parte es ella misma y no es la otra parte” (Carnelutti, 1993:28); se trata más bien de un campo de comunicación forense para la adquisición cognoscitiva jurídicamente relevante, donde se reconoce al otro como un interlocutor válido digno de respeto aunque tenga un discurso diferente. En todo caso, la hermenéutica sirve de intermediaria y por ende no se pierde la esperanza de llegar a un acuerdo mientras dure la conversación, con el fin de producir un derecho justo. Tal vez esto represente en los tiempos actuales la ruptura entre la facticidad y el anhelo, pero como dice Beatriz Quintero “a la postre la búsqueda de condiciones ideales del proceso es meta heurística que alienta” (1997:9) y allende permite analizar a la luz de un proyecto cultural los institutos más valiosos para un modelo estructural de enjuiciamiento que resulte más eficaz en la protección del debido proceso y la tutela judicial.

Precisamente la reforma a la justicia colombiana más que apuntar ha incentivar la inversión extranjera en un mundo globalizado, debe fortalecer las garantías constitucionales y los avances de la civilización. He ahí un criterio para instar un juicio de valor sobre la implementación de la oralidad en las actuaciones judiciales, de suerte que se asuma ésta como un principio<sup>25</sup> que garantiza en la mayor medida

---

25 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

de lo posible el debido proceso a través de la intermediación, la concentración y la publicidad encaminada a establecer un control público tendiente a proteger a las partes, así como a restaurar la legitimación de la administración de justicia en la conciencia del pueblo.

Desde una perspectiva histórica, el proceso liberal del pensamiento ilustrado se consideraba debido siempre y cuando permitiera el adecuado funcionamiento de la oralidad, la intermediación y la concentración. Esta tendencia propia de la tradición jurídica del derecho anglosajón ha sido acogida en los Tratados Internacionales suscritos por Colombia<sup>26</sup> que le apuesta en la actualidad a ese modelo de enjuiciamiento, cuya práctica adecuada no pende exclusivamente del presupuesto y la infraestructura desde la perspectiva eficientista y técnica avalorativa que muchos han asumido; es menester la conquista de un *ethos cultural* vinculado a los valores reconocidos en la Constitución Política, de suerte que se procure la humanización del proceso, cuyo cambio se logra con una vista judicial en la que el juez dirija su atención sobre “la relación de hechos concreta”(Cappelletti, 2002:45) y su confirmación probatoria, permitiendo la contradicción y los principios instituidos al servicio del debido proceso.

Para esta tésis, se necesita una fuerza de la razón que se preocupe por mantener protegidos los valores constitucionales. “Esa fuerza sólo puede ser el juez” (Bachof, 1985:54) quien no puede ser parte, debe sentir su miseria y mantener la fe en el hombre (Carnelutti, 1993:31). No puede olvidar su ascético deber y ha de enfrentar el injusto con paladina resolución (Escobar J Guillermo, 2007:110), pues la justicia está ligada al respeto de los derechos a través de instituciones justas, las cuales se encarnan en el personaje del juez con el propósito de entablar una dimensión dialógica con la otredad (Ricouer, 1997:16).

El juez lego asimila el diálogo como el pan de cada día, escucha, busca y sopesa diversas opiniones, allende plantea procedimientos de argumentación en medio de la alteridad durante todo el proceso (Bachof, 1985:60). Él asume con decoro el respeto por los valores y la lucha por la justificación de la existencia, para extremar en garantías y estimular el progreso de las instituciones que hacen posible la vida civilizada.

Esto debe ser así porque muchas veces el legislador no desarrolla las normas contentivas de los derechos inherentes a la dignidad humana y por ende el juez en su función jurisdiccional debe actualizarlos o “atribuir dignidad y tutela jurídica a las

---

26 Cfr: arts. 14.1 y 14.3e del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el parágrafo 2º del art. 24 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

nuevas necesidades y a los nuevos derechos” (Taruffo, 1996:141) desde un modelo hermenéutico en virtud del cual el intérprete operativo se siente comprometido con lograr decisiones razonables que hagan del derecho y su función procesal la mejor obra, cuyo sentido está determinado por la idea de que el derecho “*es un medio poderoso para lograr objetivos sociales valiosos y para hacer que se respeten los principios y valores de una moral racionalmente justificada*” (Atienza, 1999:38).

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN

El debido proceso presenta una naturaleza y alcance complejos, al punto que puede ser abordado desde diversos discursos para justificar su existencia que descansa en el respeto de la persona radicado en las concretas exigencias de la igualdad, la libertad y dignidad humanas. He ahí el fundamento previo del debido proceso como derecho humano, cuya fundamentalidad está dada en Colombia con su constitucionalización como principio en el art. 29 de la Constitución Política y en los diversos Tratados Internacionales suscritos por Colombia. Aunado a ello quien tiene una “posición jurídica fundamental” ostenta posibilidades procesales- constitucionales de exigir su justiciabilidad ante los jueces, los tribunales y la alta judicatura.

Así se constata la prominencia del debido proceso en el campo jurisdiccional donde debe cristalizarse en la aplicación e interpretación de la norma. De ahí la importancia de un modelo hermenéutico que proporcione las herramientas para hacer prevalecer los principios y valores constitucionales al servicio de un proceso justo constituido por los significados culturales propios de un Estado Constitucional y Democrático de Derecho.

Desde este enfoque, el proceso es una creación humana o un producto de la cultura basado en los fines de una sociedad pluralista y por ende su estructura no obedece a un procedimiento técnico, sino que depende de las diversas condiciones cosmovitales y los valores forjados por la lucha del hombre en su deseo de defensa. Por ello, en la actualidad se sostiene la idea de que “el derecho procesal es derecho constitucional aplicado” (Alvaro de Oliveira).

En esta línea reflexiva, el juez es el vocero de la razón práctica y en ese sentido tiene el deber jurídico-constitucional de preservar los derechos desde que se accede a la jurisdicción, pasando por un proceso investido de garantías hasta adoptar una decisión que sea efectiva (tutela judicial). Se trata de un modelo que se articula a través de la dialéctica y la colaboración de las partes y el juez, quien debe ir tras la justicia en circunstancias concretas con fundamento en los principios hermenéuticos que viran hacia los más preciados fines en el contorno constitucional.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO RAMÍREZ, Martín (2004). Introducción al Estudio del Derecho Procesal. Una aproximación dogmática, constitucional y filosófica a la Teoría General del Proceso. Medellín: Señal Editora, 444 p.
- ALEXY, Robert (1993). Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 607 p.
- ATIENZA, Manuel. El derecho como argumentación. En: Isegoría: Revista de Filosofía Moral y Política. Madrid. No. 21 (nov, 1999). p. 37-47.
- BACHOF, Otto (1985). Jueces y Constitución. Madrid: Civitas S.A, 69 p.
- BERLIN, Isaiah (1983). Contra la corriente: ensayos sobre historia de las ideas. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 455 p.
- BERNAL PULIDO, Carlos (2007). El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 883 p.
- \_\_\_\_\_ (2005). El derecho de los derechos. Escritos sobre la aplicación de los derechos fundamentales. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 417 p.
- BOBBIO, Norberto (2009). Teoría general de la política. Madrid: Editorial Trotta, 779 p.
- BERMAN, Harold (2001). La formación de la tradición jurídica de occidente. México: Fondo de Cultura Económica, 675 p.
- CALAMANDREI, Piero (2005). Instituciones de Derecho Procesal Civil. Bogotá: Leyer, 505 p.
- CAPPELLETTI, Mauro (2002). El testimonio de la parte en el sistema de la oralidad. Contribución a la teoría de la utilización probatoria del saber de las partes en el proceso civil. Buenos Aires: Librería Editora Platense.
- CARNELUTTI, Francesco (1993). Las miserias del proceso penal. Bogotá: Temis, 107 p.
- CARPIO MARCOS, Edgar (2004). La interpretación de los derechos fundamentales. Lima: Palestra editores, 166 p.
- CASTORIADIS, Cornelius (1998). Los dominios del hombre: las encrucijadas del laberinto. Barcelona: Gedisa, 246 p.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Elí (1999) ¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Bogotá: Temis, 163 p.
- COUTURE, Eduardo (1979). Estudios de derecho procesal civil. Buenos Aires: Desalma, 3V.
- DE OLIVEIRA, Carlos Alberto. O formalismo valorativo no confronto com formalismo excessivo (en línea). Disponible en: <http://www.alvarodeoliveira.com.br/home/artigos.php?id>. Acceso: 2 de septiembre de 2011.
- DWORKIN, Ronald (1984). Los derechos en serio. Barcelona: Ariel.
- ESCOBAR M, J. Guillermo (2007). Conceptos fiscales, por los que nacen procesados. Medellín: Hombre Nuevo Editores, 411 p.

- ESPARZA LEIBAR, Iñaki (1994). El principio del proceso debido. Tesis doctoral. España: Universitat Jaume I de Castellón, 370 p.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo (1991). La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional. Madrid: Civitas S.A, 264 p.
- IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (2007). En torno a la jurisdicción. Buenos Aires: Editores del Puerto, 283 p.
- KAHN, Paul (2001). El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos. Barcelona: Gedisa, 205 p.
- LINARES, Juan Francisco (2002). Razonabilidad de las leyes. El “debido proceso” como garantía innominada en la Constitución Argentina. Buenos Aires: Astrea, 241 p.
- LOEWENSTEIN, Karl (1970). Teoría de la Constitución. Madrid: Ariel, 239 p.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo (2006). El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. Bogotá: Legis, 365 p.
- MICHELET, Jules (1963). Historia de la Revolución francesa. Tomo IV. Buenos Aires: Juan Carlos Granda, 5V.
- PINTO, Mónica (1997). El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos. En: la aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales. Buenos Aires: Centro de Estudios Legales y Sociales.
- QUINTERO DE PRIETO, Beatriz. El debido proceso. En: Temas Procesales. Medellín. No. 21 (oct, 1997). p. 5-39.
- RAMÍREZ GÓMEZ, José Fernando (1999). Principios Constitucionales del Derecho Procesal Colombiano. Investigación en torno a la Constitución de 1991. Medellín: Señal Editora, 255 p.
- RICOUER, Paul. Lo justo. Traducción Carlos Gardini. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1997. 222 p.
- ROBLES, Gregorio (1982). Epistemología y Derecho. Madrid: Ediciones Pirámide, 310 p.
- RORTY, Richard (1989). La filosofía y el espejo de la naturaleza. Madrid: Cátedra, 355 p.
- ROUSSEAU, Juan Jacobo (2002) Profesión de Fe del Vicario Saboyano. Barcelona: Montesinos, 139 p.
- TARUFFO, Michele (1996) La justicia civil: ¿opción residual o alternativa posible? En: IBÁÑEZ, Perfecto Andrés (compilador). Corrupción y Estado de Derecho. Madrid: Trotta, pp. 135-149.
- VÉLEZ VÉLEZ, Luis Fernando. Sobre derechos humanos. En: Estudios de Derecho. Medellín. Vol. 046, No. 111-112 (mar-sep, 1987). p. 162-167.
- VIEHWEG, Theodor (1986). Tópica y Jurisprudencia. Madrid: Taurus, 157 p.
- WALLERSTEIN, Immanuel (2005). Las incertidumbres del saber. Barcelona: Gedisa, 180p.

ZAGREBELSKY, Gustavo (1995). *El Derecho Dúctil*. Madrid: Trotta, 173 p.

## JURISPRUDENCIA DE LA ALTA JUDICATURA

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Consejo de Estado Colombiano. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado No. 14821. Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque. Bogotá, D.C. Veinticuatro (24) de septiembre de mil novecientos noventa y ocho (1998).

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-486 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-011 de 1992. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-419 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-474 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-445 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-173 de 1993. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia C-916 de 2002. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia C-475 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-669 de 1996. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-591 de 2005. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-284 de 2006. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2008. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

\_\_\_\_\_. Corte Constitucional. Sentencia T-888 de 2010. M.P. María Victoria Calle Correa.

\_\_\_\_\_. Corte Suprema de Justicia, Sala penal. Sentencia del 4 de mayo de 2005. Proceso No. 23567. M.P. Marina Pulido de Barón.



Autor: Mauricio Escobar Martínez

Título: Sin título

Técnica: Laca industrial sobre tela

Dimensión: 60 x 50 cm

Año: 2012

## ***LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y SU APLICACIÓN EN LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN INCOADA POR COMPAÑEROS PERMANENTES EN COLOMBIA \****

---

\* El presente artículo fue presentado bajo el título "*Legitimación en la causa de los compañeros permanentes para acudir a la jurisdicción civil para demandar en proceso de simulación en Colombia*", para optar por el título de Especialista en Derecho Procesal ante la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia; fue revisado y ampliado para su publicación.

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2012

Fecha de aprobación: 7 de junio de 2012

## LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y SU APLICACIÓN EN LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN INCOADA POR COMPAÑEROS PERMANENTES EN COLOMBIA

*Juan Esteban Ospina Loaiza*

### RESUMEN

Una relación jurídico-procesal idónea para que se profiera una decisión judicial sobre una materia objeto de discusión, se compone de unos requisitos formales y sustanciales que permiten desplegar unos actos jurídicos acordes con unas formas preestablecidas por la ley. Tales requisitos denominados Presupuestos Procesales se componen a su vez por presupuestos procesales propiamente dichos y presupuestos materiales.

La doctrina ha catalogado la legitimación en la causa entre los presupuestos materiales, tras entender que se refiere a la pretensión o al derecho sustancial. Sin embargo, no ha estado de acuerdo en cuanto a los efectos de su inexistencia en el resultado de la demanda, generando dos vertientes: una que indica que su ausencia impide el estudio de fondo del objeto del litigio y, en consecuencia, no hay lugar a determinar la existencia y/o titularidad del derecho pretendido y otra que estima que tiene influencia directa en el sentido del fallo, esto es, si la decisión de fondo resulta condenatoria o desestimatoria. En términos concretos, la Corte Suprema de Justicia ha manifestado, que la falta de legitimación en cabeza de quien instaura la acción jurídica da lugar a desestimar la pretensión.

Ello ha generado que los procesos que buscan la declaración de simulación de actos jurídicos requieran cierto nivel de certeza en la titularidad del derecho indefectiblemente afectado por la permanencia del acto simulado.

**Palabras clave:** Legitimación en la causa, presupuestos procesales, presupuestos materiales, simulación, sociedad patrimonial, unión marital de hecho, sociedad conyugal.

## THE LEGITIMATION IN THE CAUSE AND ITS APPLICATION IN THE SIMULATION ACTION FILED BY PERMANENT PARTNERS IN COLOMBIA

### ABSTRACT

A suitable legal-procedural relation to utter a judicial decision over a discussion matter composes of formal and substantial requirements this allows a juridical acts consistent with a legal forms. Those requirements called Procedural Budgets it's composed in turn by procedural budgets and material budgets.

The doctrine has been called the legitimization in the cause in the material budgets, after understand that concerns to the claim or substantial law. However, this is not accord with the effects of the inexistence in the result of a demand, generating two slopes: one who indicates that absence prevents to make a background study of the object of the litigation, in consequence, there is no place to determine the existence and/or the ownership of the pretended right and other estimates who has direct influence in the sense of the decision, that means, if the background decision results condemnatory or rejection. In concrete terms, the Supreme Court of Justice has been indicated, that the lack of legitimization of the person who unsaturated the juridical action results in to reject the pretention.

This has triggered in the processes that looks for the simulation demonstration of juridical acts requires of some certainty levels on the right ownership, inevitably affected by the existence of the simulated act.

**Key Word:** Legitimation on the cause, procedural budgets, material

# LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA Y SU APLICACIÓN EN LA ACCIÓN DE SIMULACIÓN INCOADA POR COMPAÑEROS PERMANENTES EN COLOMBIA

## INTRODUCCIÓN

Para que en un proceso se produzca una relación jurídico-procesal válida no basta la interposición de la demanda, la presencia de las partes y la intervención del juez. Para que el proceso sea válido y eficaz, además, deben estar presentes en él una serie de requisitos de forma y contenido que permitan desarrollar un trámite que se adecue a las formas preestablecidas por la ley y que den lugar a una discusión que dé cuenta de la existencia del derecho reclamado.

La legitimación en la causa o legitimación para obrar, es uno de esos requisitos dispuestos por la ley. Tal figura jurídica ha sido analizada ampliamente por la doctrina y la jurisprudencia, lo que ha dado lugar a diversas visiones en cuanto a sus alcances y efectos en el desarrollo del trámite procesal, en tanto, algunos autores estiman que tal institución permite el análisis en extenso de la existencia del derecho en alguna de las partes intervinientes en la *litis*, mientras que otros autores sostienen que no es más que un presupuesto que permite a un sujeto reclamar el cumplimiento de un derecho del cual es titular, a través de un proceso Jurisdiccional.

Con el presente escrito, se pretende hacer un recorrido por el desarrollo doctrinal de la legitimación en la causa, de tal forma que se pueda establecer cuáles son las diferentes posturas alrededor de los alcances jurídicos de tal institución y determinar cuál de las dos tesis doctrinales desarrolladas en torno a la referida figura jurídica tiene aplicación material en el ordenamiento jurídico colombiano por la vía de los desarrollos de la jurisprudencia de casación colombiana.

Finalmente, se pretende establecer, en términos concretos, cuáles son las condiciones que deben acreditar los sujetos que dan trámite a un proceso de simulación, cuando la acción es propuesta bajo la afirmación de contar con un interés para impetrarla derivado de la condición de compañero permanente que estima afectado su interés en los activos de la sociedad patrimonial ante una actividad contractual de su pareja, de tal forma que pueda adelantar válidamente, en cuanto a la institución de la legitimación en la causa se refiere, un proceso de declaración de simulación y por tal vía mantener unos activos al interior de una sociedad patrimonial para no ver

disminuidos los gananciales que habrán de corresponderle ante la disolución de la unión marital de hecho y consecuentemente de la sociedad patrimonial.

## 1. TEORÍA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

Los presupuestos procesales no son entendidos, en términos conceptuales, por todos los autores de igual manera, no obstante, existe coincidencia en concebirlos como los requisitos que toda demanda debe cumplir y que resultan indispensables para que la misma sea debidamente evaluada por el órgano judicial, en tanto condiciones para la constitución de la relación jurídico-procesal (Agudelo (s.f.); Morales Molina, 1965, p. 213). Es tal la relevancia que revisten, que algunas de las denominadas excepciones dilatorias y de las causales de nulidad han sido consagradas precisamente con la finalidad de asegurar su presencia en la litis.

De los presupuestos procesales un sector de la doctrina, encabezado por Devis Echandía, secundado por Quintero y Prieto (2000), ha señalado que se clasifican en varias categorías que responden a unas situaciones o actos procesales (p. 317) en que ven enfocados su “interés”, en tal sentido se encuentran los presupuestos procesales propiamente dichos y los presupuestos materiales.

### 1.1. PRESUPUESTOS PROCESALES PROPIAMENTE DICHOS

A la categoría de los presupuestos procesales corresponden, según Devis Echandía (1966) aquellos “*que miran el ejercicio de la acción procesalmente considerada, al proceso y al procedimiento*” (p. 324). Esta categoría ha sido subdividida, a su vez en tres tipos de presupuestos procesales, a saber:

#### 1.1.1. Presupuestos procesales de la acción

Corresponden a aquellos “*requisitos necesarios para que pueda ejercitarse la acción válidamente, entendida esta como derecho subjetivo a la obtención de un proceso*” (1966, p. 319), dichos requisitos son la capacidad jurídica, la capacidad procesal del demandante o “*legitimatío ad procesum*”, la jurisdicción y competencia, la postulación para pedir y la no caducidad de la acción (1966, p. 320; Quintero y Prieto, 2000, p. 317).

#### 1.1.2. Presupuestos procesales de la demanda

Corresponden a los requisitos que resultan “*necesarios para que se inicie el juicio o relación jurídico-procesal, que debe examinar el juez antes de admitir la demanda*”

*propuesta*”. Entre tales requisitos numera Devis Echandía, además de los correspondientes a los llamados presupuestos procesales de la acción, los requisitos de lo que denomina *debida demanda*, entendidos estos como los requisitos formales establecidos por la ley para la presentación de la demanda y que corresponden tanto a aspectos de contenido de aquella como a los documentos con los cuales debe ser acompañada (2000, p. 320-321).

### 1.1.3. Presupuestos procesales del procedimiento

Estos corresponden a los requisitos que deben ser verificados para la constitución de la relación jurídico-procesal, una vez ha sido admitida la demanda por el juez, para dar continuidad al proceso, tales como: la práctica de medidas preventivas, citación o emplazamiento de los demandados, la debida notificación, ausencia de causal de nulidad, la no perención de la instancia, el cumplimiento de términos y el trámite o procedimiento adecuado (Devis Echandía, 1966, p. 321-323; Quintero y Prieto, 2000, p. 319-320).

## 1.2. PRESUPUESTOS MATERIALES

Por su parte, los presupuestos materiales, son definidos como “*los que se refieren a la pretensión o al derecho sustancial*”, en tanto permiten que el juez pueda resolver sobre la pretensión, que le ha sido propuesta, a través de una sentencia y determinan el sentido de la decisión. Estos presupuestos han sido clasificados en dos subcategorías, los presupuestos materiales de la pretensión o sentencia de fondo y los presupuestos materiales de la sentencia condenatoria o absolutoria.

### 1.2.1. Los presupuestos materiales de la pretensión o de la sentencia de fondo

Hacen referencia a los requisitos necesarios para que el juez pueda dictar sentencia en la cual se pronuncie sobre lo pedido por las partes intervinientes en el conflicto intersubjetivo de intereses y cuya ausencia da lugar a la sentencia inhibitoria, esto es, la terminación del proceso absteniéndose de resolver el problema que ante él ha sido llevado, quedando este en el mismo estado inicial (Corte Constitucional, C-666, 1996).

Los requisitos que tal subcategoría enlista, corresponden a: la legitimación para obrar o legitimación en la causa, el interés sustancial para obrar, la debida acumulación de pretensiones, la ausencia de cosa juzgada, transacción, conciliación, desistimiento, perención del proceso, prejudicialidad (Devis Echandía, 1966, p. 324-326; Quintero y Prieto, 2000, p. 320).

### 1.2.2. Presupuestos materiales de la sentencia condenatoria o absolutoria

Los requisitos que componen esta subcategoría procesal, determinan el sentido de la decisión, respecto a las pretensiones y excepciones propuestas por los litisconsortes, a través de una sentencia de mérito, para lo que se requiere el previo cumplimiento de los requisitos dispuestos para la sentencia de fondo *supra* enunciados.

Son componente de esta categoría, en lo que respecta a la sentencia favorable a las pretensiones, la concurrencia de las siguientes condiciones:

- 1) *La existencia real del derecho o relación jurídico-material pretendido;*
- 2) *la prueba en legal forma de ese derecho, es decir; de los hechos o actos jurídicos que le sirven de causa;* 3) *la exigibilidad del derecho. por no estar sometido a plazo o condición suspensiva;* 4) *la petición adecuada al derecho que se tenga, porque puede tener el derecho y haberlo probado, pero, por haber pedido cosa distinta, darse el caso que obtenga sentencia desfavorable;*
- 5) *haber enunciado en la demanda los hechos que sirven de causa jurídica a las pretensiones, ya que su falta trae el fracaso en la sentencia, aun cuando tenga el derecho y haya pedido bien y probado, porque el juez debe basar su decisión en los hechos de la demanda y de la contestación* (Devis Echandía, 1966, p. 326).

Tales requisitos exigen, en síntesis, una correcta adecuación de la pretensión en el tipo legal que le da fundamento, en tanto este establece el objeto y tema de prueba, toda vez que si lo alegado y probado comprende los elementos contenidos en la norma hay lugar a otorgar materialmente el derecho reclamado.

A su turno compone la categoría en lo que concierne al demandado: “*alegar las excepciones, cuando así lo exige la Ley, y probarlas (si el demandante ha probado su derecho); o la simple ausencia de alguno de los presupuestos del éxito de la demanda*” Devis Echandía, 1966, p. 326).

Para autores como Hernando Morales Molina (1965), en cambio los presupuestos procesales son de dos tipos básicos, los presupuestos procesales propiamente dichos, compuestos por: competencia, capacidad para ser parte, capacidad procesal y demanda en forma; y los presupuestos de la acción civil, que corresponden a requisitos indispensables para obtener una sentencia favorable y que resuelven por tanto las cuestiones de mérito o fondo, distinguiéndose de las cuestiones de rito o procedimiento, del que se desprende el concepto de presupuesto procesal (p. 214-215).

Los presupuestos de la sentencia favorable para tal autor, entonces, no se componen de presupuestos formales intermedios que discuten la existencia objetiva del derecho reclamado en cabeza del petente y la afectación material que la decisión producirá en este, la adecuada formulación de lo pretendido y la necesidad de la

decisión judicial para establecer la existencia del derecho y una evaluación final de los elementos normativos aplicados al asunto en concreto que dé lugar a declarar la existencia o inexistencia del derecho. En cambio, los presupuestos que componen ambas subcategorías se ven integrados en un grupo de requisitos que evalúan la procedencia de las pretensiones y objeciones propuestas, permitiendo que en cualquier caso se decida con efecto de cosa juzgada el conflicto intersubjetivo de intereses propuesto al operador jurídico.

No obstante, debe señalarse que la nominación dada de presupuestos de la acción civil, puede dar lugar a confusiones con respecto al derecho de acción, el cual se entiende como la facultad de dirigir una pretensión ante una autoridad judicial del Estado, para que esta sea decidida con la utilización de normas jurídicas, previo despliegue de la función Jurisdiccional ( Quintero y Prieto, 2000, p. 247), en tanto puede dar a entender que el derecho de acción consiste no en la posibilidad de solicitar el despliegue de la función Jurisdiccional, sino en que la demanda solo puede ser dirigida por aquellos que efectivamente son propietarios de los derechos reclamados y en consecuencia, solo puede demandar aquel que tiene la razón.

## 1. LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Para acudir ante el órgano Jurisdiccional y que este profiera una decisión que ponga fin a una litis pendencia, se han establecido, como ya ha sido previamente señalado, una serie de requisitos de los que debe dar cuenta la demanda, esto es, se deben satisfacer los presupuestos procesales de forma y los presupuestos procesales de fondo o materiales.

Entre los requisitos de fondo se encuentra aquel que se refiere a que la persona o parte que acuda ante el Estado, para alcanzar la protección de sus derechos a través del Juez, debe mantener una relación con el objeto material y jurídico del proceso en concreto, relación esta que se comprende bajo el nombre de legitimación (Fairén, 1992, p. 293) en la causa o legitimación para obrar y que permite establecer quién y frente a quién habrá de ejercitarse la pretensión procesal.

### 1.1. CONCEPCIÓN DOCTRINAL DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Respecto al particular de la Legitimación en la Causa, el doctrinante italiano Giuseppe Chiovenda (1992) manifestó:

*Preferimos nuestra antigua denominación de legitimatio ad causam (legitimación para obrar): con ésta entiéndase la identidad de la persona del*

*actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva) (p. 178).*

Y manifestó que la misma es condición de la sentencia favorable, que “*suele designarse con el nombre de calidad para obrar, bajo la cuál indicanse también otras cosas diferentes, como el interés para obrar, y algunas veces la capacidad de representar a otros en juicio*”, y que suele confundirse con la pertenencia del derecho y de la acción, aspecto que ejemplifica de la siguiente manera: “*si X prueba haber prestado 100 pesetas a Z, de ordinario prueba con esto mismo que el derecho de pedir la condena al pago de las 100 pesetas corresponde a él mismo y contra el mismo Z (p. 178).*

Por su parte Francesco Carnelutti (1959), ha considerado que:

*(El) requisito de legitimación para la demanda (...) consiste, sin embargo, en la pertenencia al actuante no ya de una relación jurídica diversa de aquella que con la demanda se desarrolla sino de una situación de hecho (afirmación de la pertenencia del derecho), a la que la relación jurídica puede corresponder o no corresponder; se trata no de legitimación de derecho sino de legitimación de hecho (p. 466).*

Lo anterior por cuanto consideró que no resulta necesario, para legitimar la demanda, tener la certeza de la existencia y pertenencia de un derecho para hacerlo valer “*ya que de otra manera no podría accionar sino quien tiene razón*”, no resultando necesario tener un derecho para hacerlo valer. Por lo anterior estima que “*no es necesario tener; sino que basta poder tener un derecho; precisamente la demanda se propone a fin de que se decida si a la posibilidad corresponde la existencia de la tutela*” (p. 466).

En tal sentido, entendió el autor que la legitimación comporta unos efectos modificativos y constitutivos, por cuanto en la legitimación va inmersa una exigencia consistente ya no en “*que la demanda produzca el efecto de obligar al juez a un pronunciamiento cualquiera, sino de obligarlo a un pronunciamiento con contenido positivo; en suma, de la legitimación depende no ya la obligación de pronunciar; sino la obligación de pronunciar en cuanto al fondo*” (p. 466-477).

En el mismo, sentido se pronunció Eduardo Couture (2001), cuando manifestó:

La legitmatio ad causam no es un presupuesto procesal, sino una de las condiciones requeridas para una sentencia favorable. No es presupuesto del proceso, sino de la sentencia favorable.

Si el actor no tiene la calidad de titular del derecho, pierde el juicio.

Pero perder el juicio, esto es, ver rechazada la demanda, no atañe forzosamente a los presupuestos procesales.

El actor puede ser parte en el sentido formal (esto es, efectivamente actor o demandado en el proceso concreto que ha promovido) y no serlo en el sentido sustancial (esto es no ser titular de derecho que invoca). En este caso, el proceso es válido, pero la sentencia le será adversa

(...) lo que está en juego es la falta de razón para demandar. La demanda es válida procesalmente hablando.

*El concepto de legitimatio ad causam no es sino la titularidad del derecho* (p. 174-175).

Para el tratadista Devis Echandía (1966), la legitimación en la causa consiste en la pretensión o afirmación de ser el titular del derecho o relación jurídico-material objeto de la demanda, para lo cual argumentó:

La legitimación en la causa no es la titularidad del derecho material o de la obligación correlativa; no es condición o presupuesto de la acción ni de la sentencia favorable (en sentido estricto), sino de la sentencia de fondo o mérito; no es un presupuesto procesal, sino cuestión sustancial; no consiste en el interés para obrar o pretender sentencia de fondo; no se refiere a la capacidad general ni a la procesal, y tampoco a la facultad de ejecutar válidamente ciertos actos durante el juicio; es algo diferente del principio de la demanda y del principio del contradictorio; es presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo; determina quiénes deben o pueden demandar y a quién se debe o se puede demandar; es personal y subjetivo; no se adquiere por cesión; debe existir en el momento de la litis contestatio, sin que importe que se altere posteriormente; sin ella no puede existir sentencia de fondo ni cosa juzgada. Podemos entonces concluir en qué consiste realmente y cuál es el criterio para distinguirla.

*Ante todo ha de tenerse presente que la legitimación en la causa determina quiénes están autorizados para obtener una decisión de fondo sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en cada caso concreto, y, por tanto, si es posible resolver la controversia que respecto a esas pretensiones existe, en el juicio, entre quienes figuran en él como partes (demandante, demandado e intervinientes); en una palabra: si actúan en el juicio quienes han debido hacerlo, por ser las personas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis.*

*Se trata de las condiciones o cualidades subjetivas, que otorgan la facultad jurídica de pretender determinadas declaraciones judiciales con fines concretos, mediante una sentencia de fondo o mérito, o para controvertirlas* (p. 299-300).

Y agregó que:

*(Las) condiciones o cualidades que constituyen la legitimación en la causa, se refieren a la relación sustancial que se pretende que existe entre las partes del proceso (incluyendo a los terceros intervinientes) y el interés en litigio,*

*o sea el objeto de la decisión reclamada; pero no a la relación que pueda haber entre esas partes y el derecho material o la situación jurídico-material pretendidos; por eso la inexistencia de estos o de su titularidad, en caso de existir, no excluye la debida legitimación en la causa, sino la razón o fundamento para obtener la sentencia favorable de fondo.*

(...)

*En lo que respecta al demandante, la legitimación en la causa es la titularidad del interés materia de litigio y que debe ser objeto de sentencia (procesos contenciosos) o del interés por declarar o satisfacer mediante el requisito de la sentencia (procesos voluntarios). Y por lo que al demandado se refiere, consiste en la titularidad del interés en litigio, por ser la persona llamada a contradecir la pretensión del demandante o frente a la cual permite la Ley que se declare la relación jurídico-material objeto de la demanda (procesos contenciosos ejecutivos, de condena, declarativos o de declaración constitutiva).*

(...)

*Por consiguiente, la titularidad del interés en litigio consiste en la pretensión o afirmación de ser el titular del derecho o relación jurídico-material objeto de la demanda (demandante), o la persona facultada por la Ley para controvertir esa pretensión o afirmación, aun cuando ninguna obligación a su cargo pueda deducirse de ella (demandado), en el supuesto de que existan ese derecho o esa relación jurídico-material, y sin que se requiera, por tanto, que existan en realidad, porque esto se refiere a la titularidad del derecho material para obtener la prestación, la declaración o el pago o para controvertirlos, mediante sentencia favorable de fondo, al paso que la titularidad del interés en litigio mira únicamente a obtener sentencia de fondo, sea favorable o desfavorable, por estar el sujeto facultado para controvertir la existencia o inexistencia del pretendido derecho o relación jurídico-material (p. 300-301).*

Como corolario de la concepción expuesta, se tiene que la legitimación en la causa se entiende como la posibilidad de tener acción para pedir en juicio la actuación del derecho objetivo en un caso concreto sin tener que acreditar la titularidad de un derecho subjetivo.

En este sentido, el concepto de legitimación no surge para explicar los supuestos en que los titulares de una relación jurídica material se convierten en partes del proceso, sino que por medio de ésta se pretende dar sentido a aquellos otros supuestos en los que las leyes permiten que quien no es sujeto titular de una relación jurídica material, se convierta en parte del proceso, pidiendo la aplicación del derecho objetivo en un caso concreto o el cumplimiento de una obligación, no pudiéndose hablar de otra manera de legitimación ordinaria y legitimación extraordinaria.

Se desprende, igualmente, que cuando el juez al calificar la demanda examina si el demandante tiene o no legitimidad para obrar en la causa, simplemente debe

verificar si hay esta relación formal de correspondencia entre el demandante y la persona a quien la ley concede la acción. En este examen, no hay lugar, entonces, a analizar la pretensión y menos si el actor es o no titular del derecho que alega en su demanda, pues estos dos aspectos deben ser objeto de evaluación por parte del juez al momento de dictar sentencia.

En el mismo sentido, Vescovi (1978) afirmó que la existencia de legitimación en la causa por activa y por pasiva que implique una sentencia de fondo favorable para el actor, se debe juzgar en una etapa previa y no en la sentencia de fondo (p. 29), toda vez que entendió que la legitimación en la causa se trata de una característica o situación jurídica de la cual debe gozar, ser titular, el sujeto que actúa en el proceso con relación al objeto que se controvierte y es causa de la litis pendencia y cuya existencia le permite obtener una providencia eficaz, en tanto se exige para que su pretensión pueda ser examinada de fondo (2006, p. 168).

Para Vescovi la legitimación en la causa es “*un concepto procesal, pero referido a la pretensión y al objeto del proceso, esto es, al derecho sustancial reclamado*” (p. 168), en tal sentido, la legitimación en la causa resulta ser un presupuesto de la sentencia de merito.

Tarazona Navas (1988), por su parte, define la legitimación en la causa como la facultad que tiene origen en el derecho sustancial y con la que deben contar determinadas personas para formular o contradecir frente a un determinado derecho subjetivo sobre el cual versa la pretensión que es el objeto del proceso, exista o no aquel y que permite que se profiera la sentencia de fondo o mérito (p. 3).

## 2.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

Conforme se observan las definiciones dadas por la doctrina referida, se encuentra que existen dos tesis contrapuestas importantes acerca de la naturaleza jurídica de la legitimación en la causa. De una parte se encuentra una llamada teoría concreta, según la cual la legitimación está inescindiblemente integrada con el derecho material, lo que implica, en consecuencia la titularidad del derecho subjetivo sustancial, esto es, asimila legitimación y mérito, de tal forma que al negar la existencia de legitimación se estará negando la existencia de derecho sustancial y, por ende, decidiendo sobre el fondo de la litis propuesta.

Lo anterior por cuanto para esta teoría resulta indiscutible que si se reclama un derecho por quien no es su titular o frente a quien no es el llamado a responder, debe negarse la pretensión en sentencia que tenga fuerza de cosa juzgada material, a fin de concluir definitivamente ese litigio, en lugar de dictar un fallo inhibitorio

que mantenga intacta la posibilidad de que quien no es titular del derecho insista en reclamarlo indefinidamente, o para que siendo titular lo reclame indefinidamente de quien no es persona obligada, haciéndose nugatoria la función Jurisdiccional, cuya característica más destacada es la de ser definitiva.

Por otra parte, se encuentra la teoría formal o abstracta, que entiende la legitimación como un referente de la pretensión procesal, en donde la legitimación en la causa es independiente de la titularidad del derecho sustancial, entendiéndose la legitimación en tal caso como un requisito de la forma del proceso para la eficacia del proceso, regulado por la ley procesal, esto es, presupuesto material para a sentencia de fondo, requisito para proferir el fallo que decida sobre la existencia del derecho sustancial ( Quintero y Prieto, 2000, p. 369-370; Tarazona Navas 1988, p. 29). La legitimación en la causa así entendida, no afecta para nada la formación de la relación procesal y por ello no es un presupuesto procesal.

### 2.3. CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA

La Corte Suprema de Justicia ha acogido con iteración la teoría concreta de la legitimación en la causa, ello desde la década de los treinta cuando por sentencia de casación fechada 31 de enero de 1937 afirmó que “(e)l fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar es una de las condiciones de la acción, o sean (sic) los requisitos indispensables para obtener sentencia favorable” (Morales Molina, 1965, p. 215).

En punto a la Legitimación en la Causa la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 14 de agosto de 1995 (exp. 4268) sostuvo que:

Según concepto de Chioevenda, acogido por la Corte, la legitimatio ad causam consiste en la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)”. (Instituciones de Derecho Procesal Civil, I, 185). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de ‘acción’ no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es como el derecho subjetivo público que asiste a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto, y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de ‘pretensión’, que se ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor establece la ley sustancial el derecho que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado. De donde se sigue que lo concerniente a la legitimación en la causa es cuestión propia del derecho sustancial y no

del derecho procesal, razón por la cual su ausencia no constituye impedimento para desatar en el fondo el litigio sino motivo para decidirlo en forma adversa al actor. Si el demandante no es titular del derecho que reclama o el demandado no es persona obligada, el fallo ha de ser adverso a la pretensión de aquél, como acontece cuando reivindica quien no es el dueño o cuando éste demanda a quien no es poseedor.

Así pues, la legitimación en la causa, definida como la designación legal de los sujetos del proceso para disputar el derecho debatido ante la jurisdicción (exp. 7651, 2003) que la ostenta el demandante cuando es legalmente el titular del derecho subjetivo que invoca, y el demandado cuando la ley lo enseña como la persona obligada a ejecutar la prestación correlativa al derecho del demandante, no es un presupuesto procesal, sino uno de los requisitos de mérito o condiciones de la acción indispensable para la prosperidad de ésta (exp. 4268, 1995).

La legitimación en la causa resulta, entonces, cuestión propia del derecho sustancial y no del procesal, por cuanto alude a la pretensión debatida en el litigio y no a los requisitos indispensables para la integración y desarrollo válido de éste. Por eso, su ausencia no constituye impedimento para resolver de fondo la litis, sino motivo para decidirla adversamente con relación al demandante sin que para ello se requiera la mediación de otro análisis, pues ello es lo que se aviene cuando quien reclama un derecho no es titular o cuando lo aduce ante quien no es el llamado a contradecirlo, pronunciamiento ese que, por ende, no sólo tiene que ser desestimatorio sino con fuerza de la cosa juzgada material para que ponga punto final al debate (exp. 7804, 2005; exp. 733193103001999-00125-01, 2007), ello en tanto como señaló Canosa Torrado (1993), citando la sentencia de diciembre 4 de 1981 de la Corte Suprema de Justicia:

*(...) mal podría condenarse a quien no es la persona que debe responder del derecho reclamado o a quien es demandado por quien carece de la titularidad de la pretensión que reclama; y del mismo modo sería absurdo declarar la inhibición por falta de legitimación en la causa, pues así se permitiría que el litigante ilegítimo promoviera nuevamente el proceso o que contra él se suscitara otra vez y se iniciara una cadena interminable de inhibiciones (...)* (p. 18).

#### **2.4. CONCEPCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA EN LOS PROCESOS DE SIMULACIÓN**

Sea lo primero señalar que, es bien sabido que no existe en el ordenamiento jurídico colombiano una disposición que aluda de manera expresa a la acción de simulación de los negocios jurídicos, o que señale de manera específica quienes son

o pueden ser los titulares de la misma. No obstante la Corte Suprema de Justicia, entendiendo que las acciones judiciales no se encuentran determinadas de manera exclusiva por las normas sustantivas, ha definido en reiterada jurisprudencia la acción de simulación como una acción meramente declarativa, encaminada a obtener el reconocimiento de una situación jurídica determinada que causa una amenaza a los intereses del actor, en tanto se encuentra encaminada a facilitar, a los interesados, la comprobación judicial de una realidad jurídica arropada por una falsa apariencia creada deliberadamente por los estipulantes (exp. 4920, 1998).

Ello, por cuanto ocurre que en ocasiones los contratantes formulan premeditadamente una declaración de voluntad que no se corresponde con la realidad, dando lugar de esa manera a una separación intencional entre su voluntad y su declaración generando, en consecuencia, los denominados negocios jurídicos simulados.

Así mismo, estableció el Tribunal de Casación unos presupuestos axiológicos necesarios para obtener un resultado favorable en una demanda en la que se invoque una pretensión simulatoria. Debe determinarse, en primer término, la existencia del contrato que se cuestiona como simulado, en segundo término resulta necesario analizar si existe legitimación en las partes entre las que se plantea el conflicto a resolver, comenzando por la que promovió la acción correspondiente, puesto que quien reclame ante la jurisdicción debe estar asistido de un interés real para deprecar la pretensión; subsiguientemente se deberá examinar si la simulación fue demostrada por la parte petente (exp. 4920, 1998).

Con respecto a la legitimación en la causa, supuesto que es el que resulta de interés en el estudio que se aborda en el presente texto, manifestó la Corte Suprema de Justicia que:

*“Son titulares no sólo las partes que intervinieron o participaron en el concilio simulatorio y, en su caso, sus herederos, sino, también, los terceros, cabalmente, cuando el acto fingido les acarrea un perjuicio cierto y actual”.*

Conforme lo anterior, hay lugar a afirmar que todo el que tenga interés jurídico en que prevalezca el acto subrepticio sobre lo declarado por las partes en el acto manifiesto, está habilitado para demandar la declaración de simulación.

Mas, ese interés no debe ser abstracto o indeterminado, toda vez que, no obstante el interés general por que en los negocios jurídicos celebrados entre dos o más personas prevalezca la probidad y las declaraciones realizadas correspondan a la realidad material, lo cierto es que los contratos no podrían *quedar expuestos a que cualquier persona que tenga conocimiento del acto encubierto, tenga derecho de acción para hacer prevalecer la verdad contractual con fundamento en un interés*

general (exp. 5868, 2001), sino que resulta necesario que el actor sea titular actual de un derecho y que este se halle perturbado o impedido por el cumplimiento material del acto ostensible. Así pues la conservación del acto simulado debe causar perjuicio, un menoscabo tangible en los derechos del accionante.

*Es decir, que en razón de la naturaleza de la aludida acción, es en verdad relativamente amplio el espectro de quienes pueden ejercitarla, pues de ellos se exige, simplemente: a) Que sean titulares de una relación jurídica amenazada por el negocio simulado; y b) que ese derecho o situación jurídica pueda ser afectado con la conservación del acto aparente; todo lo cual puede simplificarse, entonces, diciendo que podrá demandar la simulación quien tenga interés jurídico en ello... (G.J. LXXIII, pág. 212) (exp. 4920, 1998)*

Ahora bien sobre el particular de la legitimación en la causa al dirigir una demanda de simulación, cuando la acción es propuesta bajo la afirmación de contar con un interés para impetrarla derivado de la condición o calidad de compañero permanente, esta misma Sala de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 27 de agosto de 2002 (exp. 6926), señaló:

En el presente caso la demandante impetra la acción de simulación en su condición de compañera permanente del demandado Olmedo Díaz Rueda por más de 28 años, razón por la cual dice que existe entre ellos sociedad patrimonial entre compañeros permanentes que no ha sido disuelta por ninguno de los medios legales, lo que le genera un interés legítimo, dado que la enajenación ficticia del inmueble, le acarreó un perjuicio cierto y actual.

(...)

En el evento de uno de los compañeros permanentes, ese interés se concreta cuando se conforma la relación jurídico-procesal que inicia el actor con la presentación de la demanda tendiente a obtener la declaración de la existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, y perfecciona el demandado cuando se le vincula formalmente al proceso mediante la notificación de la demanda, porque desde dicha época puede afirmarse que el demandante posee el interés a que se hizo alusión, pues con este proceder se evidencia una clara manifestación de la intención de querer disolver y liquidar, una vez declarada, la sociedad patrimonial conformada en virtud de la unión marital de hecho, interés que no puede sujetarse, por consiguiente, a una declaración judicial posterior.

En virtud de lo expuesto, se concluye que, está legitimado en la causa para demandar la simulación de un acto o contrato quien tenga interés jurídico en ella, como ya fue señalado previamente, interés que en el caso de los compañeros permanentes surge no cuando se ha disuelto la sociedad patrimonial formada en virtud de la unión marital de hecho, sino cuando se ha solicitado dicha disolución mediante demanda y la misma se ha notificado a la parte demandada, siendo en éste momento

cuando se adquiere la facultad jurídica para demandar los actos celebrados, por el otro compañero, como presuntamente simulados.

Así pues, alegar únicamente la condición de compañero permanente, como fruto de una convivencia reiterada, no confiere un derecho concreto sobre los bienes adquiridos durante el tiempo de duración de la unión marital, ni legitima para atacar por simulado el acto celebrado por el otro compañero. Ello por cuanto, mientras no se hubiese disuelto la sociedad, los compañeros permanentes, al igual que los cónyuges, se tendrán por separados de bienes y, por lo mismo, gozarán de capacidad dispositiva con total independencia frente al otro, independencia que se traduce en que ninguno de los dos puede obstaculizar el ejercicio de los derechos de propiedad del otro, salvo en el evento de la afectación a vivienda familiar de que trata la Ley 258 de 1996.

En cambio, una vez disuelta la sociedad patrimonial, los compañeros permanentes, están legitimados para demandar la simulación de los actos celebrados por el otro. Es en aquel momento cuando el interés jurídico se hace evidente en este caso, porque disuelta la sociedad por cualquiera de las causas legales, se actualiza el derecho de cada uno de los compañeros permanentes sobre los bienes sociales para la determinación de los gananciales que a cada uno correspondan de la sociedad patrimonial.

Mas, es evidente que este tipo de comunidades maritales se encuentran en desventaja jurídica con relación a las sociedades conyugales por cuanto si bien en estas últimas inicialmente el interés legitimador se encuadró en la demanda de separación de bienes, pronto derivó en otras causas o motivos que se encontraran orientadas a la disolución de la sociedad de bienes comunes, como por ejemplo la separación “de cuerpos”, el divorcio, etc., existentes al momento de deducirse la acción (exp. 5868, 2001), pues aún antes de disolverse la sociedad conyugal, la Corte Suprema de Justicia, ha vislumbrado el interés para que un cónyuge demande por simulados los actos jurídicos celebrados por el otro.

Esto en tanto, si bien se encuentra fuera de toda discusión que los actos en que el cónyuge dispone real y efectivamente de los bienes que, asumiendo la condición de sociales al momento de la disolución, le pertenecen, ha dicho la Alta Corporación que cuando uno de los cónyuges ha celebrado dichos actos de manera aparente o simulada, otro debe ser el tratamiento, ya que en esta hipótesis en la impugnación del negocio jurídico “ya no se enjuicia propiamente el ejercicio del comentado derecho de libre disposición, sino el hecho de si fue cierto o no que se ejerció ese derecho, todo en orden a verificar que los bienes enajenados mediante actos simulados, no hayan dejado de formar parte del haber de la sociedad conyugal, para los consiguientes propósitos legales” (exp. 4920, 1998); mientras que, como ya se señaló para el caso de los compañeros permanentes resulta necesario para adquirir

la legitimación en la pretensión simulatoria la acción directamente encaminada a la disolución del régimen de la sociedad patrimonial y no sólo la acción de declaración de existencia de la unión marital de hecho y menos aún el simple interés de mantener unos activos al interior de una sociedad patrimonial.

#### 2.4. EFECTOS DE LA DECISIÓN DE FONDO DESESTIMATORIA POR FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA.

Como ya fue señalado previamente, el punto de disenso entre los teóricos del derecho procesal, respecto a la legitimación en la causa, se encuentra en los efectos de su ausencia en la decisión judicial. Por un lado la teoría concreta, que asimila legitimación y mérito, de tal forma que al negar la existencia de legitimación se estará negando la existencia de derecho sustancial y, en consecuencia, decidiendo sobre el fondo de la litis propuesta y por otro lado la teoría formal o abstracta, que entiende la legitimación en la causa como un referente procesal independiente de la titularidad del derecho sustancial, requisito para proferir el fallo que decida sobre la existencia del derecho sustancial, motivo por el cual su ausencia debe dar lugar a una sentencia inhibitoria.

Discusión que fue zanjada por la Corte Suprema de Justicia (exp. 4268, 1995), quien determinó que tal figura jurídica no es un presupuesto procesal, sino una cuestión propia del derecho sustancial que alude a la pretensión debatida en el litigio y cuya ausencia da lugar a una decisión adversa frente a ésta.

Hecha la claridad anterior surge un nuevo interrogante con relación a los efectos de la decisión de fondo desestimatoria de la pretensión de declaración de acto simulado en el evento que aquí se plantea, consistente en si el efecto de la cosa juzgada tiene plena aplicación o si, por el contrario, la parte vencida puede adelantar con posterioridad una nueva acción de simulación y bajo que parámetros se haría aquello.

Previo a plantear una posición al respecto resulta necesario clarificar unos puntos alrededor de la decisión judicial.

Una vez que el proceso está en condiciones para ser decidido el juez debe pronunciarse sobre él por medio de la sentencia, esta consiste en una manifestación del Juez proferida “*con el fin de determinar con fuerza obligatoria la voluntad de la ley en el caso concreto*” (Morales Molina, 1973, p. 459).

El Código de Procedimiento Civil, en su artículo 302 trae una definición finalista de la sentencia, al expresar que “*son (...) las que deciden sobre las pretensiones de la demanda o las excepciones que no tengan el carácter de previas, cualquiera que fuera la instancia en que se pronuncien, y las que resuelven los recursos de casación y revisión*”

De todo lo anterior se puede concluir que la sentencia es un acto procesal decisorio del juez, mediante el cual acoge o rechaza las pretensiones de la demanda y si es del caso, resuelve las excepciones propuestas por quien haya sido vinculado al proceso como demandado. La sentencia sólo puede provenir de un juez investido de jurisdicción, y tiene que referirse a un caso en concreto que fue puesto para su resolución. Debe ser dictada por el juez, porque sentenciar es su función específica y debe ser obligatoria para las partes porque esta es la característica especial que la distingue del simple consejo.

Ha sostenido la doctrina procesal, que el efecto primordial de la sentencia es la cosa juzgada. Según Kisch, citado por Hernando Morales Molina (1983), sin la fuerza vinculante de la cosa juzgada *“ninguna sentencia significaría el fin de las controversias y la inseguridad constituiría una perpetua amenaza; los jueces serían constantemente importunados con negocios resueltos mucho tiempo antes; nadie que venciere en el proceso podría estar seguro de no ser arrastrado a un nuevo procedimiento por una misma causa, a capricho de su contrario. Pero lo más peligroso sería la posibilidad de fallos contradictorios sobre la misma cosa; un gran peligro que iría tanto en contra de los intereses de las partes como de reputación de los Tribunales”* (p. 509).

Se tiene, entonces, que la cosa juzgada tiene como finalidad la certeza en el resultado de los litigios, esto es, la definición concreta de las situaciones de derecho que son propuestas al juez para que las esclarezca y con ello evitar que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado y, finalmente, que las decisiones jurisdiccionales se puedan hacer efectivas.

La cosa juzgada es una figura procesal compleja que depende de la concurrencia de varios elementos, la ley tradicionalmente la ha edificado sobre la identidad de tres factores, que son: objeto, causa y partes. En efecto el art. 332 del Código de Procedimiento Civil, acogiendo el criterio denominado “de las tres identidades”, establece que la sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada *“siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, y se funde en la misma causa anterior, y que entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes”*

La identidad de cosa u objeto y la identidad de causa hacen relación, en su orden, a que se controvierta en el nuevo proceso el mismo bien jurídico y las mismas razones de hecho que se expusieron en el proceso anterior; la llamada identidad de partes debe darse entre quienes contendieron en el primer proceso y las que intervienen en un segundo proceso en el que se hace valer la cosa juzgada, entendiéndose este concepto, no como identidad de personas, sino de partes jurídicas.

No obstante, la misma ley prevé las excepciones en las cuales resulta posible volver a plantear las mismas pretensiones ante la autoridad judicial, pues debe recordarse que lo decidido en la sentencia no puede ser modificado ni siquiera por el mismo operador jurídico que la profirió.

Ahora, el artículo 333 del Estatuto Procesal Civil, prevé que no hay cosa juzgada en las sentencias que se profieren en procesos de jurisdicción voluntaria, las que decidan situaciones susceptibles de modificación mediante proceso posterior por autorización expresa de la ley, las que declaren probada una excepción de carácter temporal que no impida iniciar otro proceso al desaparecer la causa que dio lugar a su reconocimiento, y las que contengan decisión inhibitoria sobre el mérito del litigio.

Conforme lo anterior se concluye que las sentencias que reconocen excepciones temporales o dilatorias, no hacen tránsito a cosa juzgada, pues en aquellas no se niega "(...) el nacimiento del derecho del actor ni se afirma su extinción, paralizan sus efectos para ese proceso únicamente, es decir, impiden que sea actualmente exigible pero no constituyen cosa juzgada, dejando la facultad de iniciarlo nuevamente cuando la situación se modifique" (Devis Echandia, (s.f.), p. 242).

Toda vez que la legitimación en la causa en cabeza de las partes es un requisito de fondo exigido por la Corte Suprema de Justicia para que proceda la declaración de simulación de un negocio jurídico, resulta imprescindible que el interés para reclamar la simulación de los actos jurídicos exista al momento de impetrar la demanda y en el caso de los compañeros permanentes se concreta cuando se incoa la acción de declaración de la existencia de la unión marital de hecho y se notifica al demandado, declaración que conlleva a la de la existencia de la sociedad patrimonial y su consiguiente liquidación, situaciones jurídicas que en caso de no concurrir dan lugar a negación de la declaración pretendida por falta de interés en los efectos de la declaración.

No bien lo anterior, en la sentencia derivada de una falta de legitimación en la causa no hay pronunciamiento procesal sobre el asunto objeto de litigio, esto es, no se resuelve sobre la relación sustancial en controversia (Canosa Torrado, 1993, p. 17) sino que únicamente se evalúa la titularidad del derecho sustancial reclamado. En tal sentido, el presupuesto así analizado hace referencia a uno de carácter transitorio, que permitiría encuadrar la excepción, reconocida de oficio por el operador jurídico o planteada por la parte pasiva, dentro de aquellas denominadas 'temporales', pues no habría lugar a impedir el ejercicio de la acción jurisdiccional a aquél que ha visto variar su condición con relación a un derecho reclamado antes de contar con su titularidad, como el sujeto que demanda en calidad de heredero sin que haya muerto su padre, pero que al morir éste adquiere la facultad para iniciar las acciones que con anterioridad le estaban vedadas.

Así las cosas no hay motivos para que se dé un trato diferencial de los sujetos procesales que después de haber sido vencidos en un primer proceso por no haber probado la afección de sus intereses, ante la ausencia de declaración de una Unión Marital de Hecho o la liquidación de la sociedad patrimonial, se les impida incoar de nuevo la acción contando ya con el interés antes echado de menos, pues conforme el contenido de las normas procesales señaladas, con la sentencia desestimatoria en estos eventos se hace una exigencia subrepticia a la parte demandante, consistente en que se corrija la observación hecha por el juez, de tal forma que el litigante que se predicaba ilegítimo dé inicio a un segundo proceso con la titularidad de la pretensión que reclama.

## CONCLUSIONES

De lo expuesto hay lugar a concluir que, si bien persiste el debate en la doctrina en cuanto a verificar cuál naturaleza jurídica de la legitimación en la causa comporta mayores beneficios en la práctica del derecho para el acceso a la jurisdicción y, en última instancia, a la obtención de justicia material efectiva, para la Corte Suprema de Justicia, resulta claro que en el ordenamiento jurídico colombiano la naturaleza jurídica imperante es la referida a la teoría concreta, esto es que la legitimación en la causa existente en el actor se encuentra integrada con el derecho material y, por tanto, con la titularidad del derecho sustancial, así pues, la tesis del Tribunal de Casación señala que al negarse la existencia de legitimación en la causa en el pretensor se estará negando ineludiblemente la existencia de derecho sustancial y, consecuentemente, decidiéndose de fondo frente al objeto del litigio.

Así las cosas, resulta evidente que en un proceso con pretensión simulatoria, la legitimación en la causa de los sujetos que comparecen como actores por un interés que se deriva de una unión marital de hecho, concurren como terceros que deben establecer procesalmente la titularidad del derecho que alegan como afectado por el contrato que se ataca como simulado. Circunstancia aquella que se configura no con la existencia de la unión marital de hecho, sino por la actividad procesal directamente encaminada a la disolución de la sociedad patrimonial.

Además, tales actos procesales deben gozar de plena certeza sobre que habrá de tomarse una decisión que implique la efectiva disolución de la sociedad, de ahí que no se admitan como factores determinantes de ese interés, ni el otorgamiento del poder para la iniciación del proceso respectivo, ni tampoco la mera admisión de la demanda, sino que resulte necesario que la misma haya sido notificada al de-

mandado, pues en caso contrario la decisión de fondo habrá de ser desestimatoria de la pretensión de declaración de simulación.

No obstante, la decisión en tal sentido no se puede entender como una que agote la litis respecto a tal pretensión, en tanto el efecto de la cosa juzgada no puede hacerse extensiva a la parte de manera permanente sino que se agota en el momento que aquella cumple con el requisito judicial echado de menos en un primer proceso de simulación, pues al cumplir el requisito su condición varía con relación a la afectación de su interés o derecho y con ello obtiene la legitimación para adelantar un nuevo proceso, con las mismas pretensiones.

La cosa juzgada en tal evento solo puede predicarse, en caso que la parte vencida pretenda iniciar una nueva demanda de simulación sin acudir primero a una que declare la existencia de una sociedad patrimonial y su liquidación, pues si actúa de tal manera estará inmerso aún en la causal de excepción temporal.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGUDELO RAMÍREZ, M. (s.f.). *Los presupuestos procesales*. Recuperado el 17 de mayo de 2011, del sitio web [http://enj.org/porta/biblioteca/penal/fundamentacion\\_de\\_recursos/23.pdf](http://enj.org/porta/biblioteca/penal/fundamentacion_de_recursos/23.pdf).
- CANOSA TORRADO, F. (1993). *Las excepciones previas y lo impedimentos procesales*. (1a ed.). Santa Fé de Bogotá D.C.: Ediciones Doctrina y Ley.
- CARNELUTTI, F. (1959). *Instituciones del Proceso Civil, Volumen I*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa.-América.
- CHIOVENDA, G. (1922). *Principios de Derecho Procesal Civil, Tomo I*. Madrid: Reus.
- COUTURE, E. J. (2001). *Estudios, ensayos y lecciones de derecho procesal civil. Vol. 2*. México: Editorial jurídica libertad.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (1966). *Nociones generales del derecho procesal civil*. Madrid: Aguilar.
- DEVIS ECHANDÍA, H. (s.f.). *Compendio de derecho procesal. Teoría general del proceso. Tomo I*. Bogotá: Dupré Editores.
- FAIRÉN GUILLÉN, V. (1992). *Teoría general del derecho procesal*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- MORALES MOLINA, H. (1965). *Curso de derecho procesal civil*. (5a ed.). Bogotá: Lerner.
- MORALES MOLINA, H. (1973). *Curso de derecho procesal civil*. (6a ed.). Bogotá: Editorial ABC.

- MORALES MOLINA, H. (1983). *Curso de derecho procesal civil*. (8a ed.). Bogotá: Editorial ABC.
- QUINTERO, B. Y PRIETO, E. (2000). *Teoría general del proceso*. (3a ed.). Bogotá: Temis.
- TARAZONA NAVAS, J. A. (1988). *La Legitimación en la Causa*. Bogotá, Colombia: Librería del Profesional.
- VESCOVI, E. (1978). *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano*. México: Universidad Autónoma de México (UNAM). Recuperado el 19 de junio de 2011, del sitio web [www.bibliojuridica.org](http://www.bibliojuridica.org).
- VESCOVI, E. (2006). *Teoría general del proceso*. Bogotá, Colombia: Temis.
- Congreso de la República. (1970, 6 de agosto). *Decreto 1400 por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil*. Bogotá. Recuperado el 22 de febrero de 2012, del sitio web [http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo\\_procedimiento\\_civil.html#1](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo/codigo_procedimiento_civil.html#1)
- Corte Constitucional. (1996). Sentencia C-666. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. (1995, 14 de agosto). Expediente No. 4268. M.P. Nicolás Bechara Simancas. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. (1998, 30 de octubre). Expediente No. 4920. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. (2001, 5 de septiembre). Expediente No. 5868. M.P. José Fernando Ramírez Gómez. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. (2002, 27 de agosto). Expediente No. 6926. M.P. Jorge Santos Ballesteros. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. (2003, 23 de abril). Expediente No. 7651. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. (2005, 21 de junio). Expediente No. 7804. M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez. Colombia.
- Corte Suprema de Justicia. Sala de casación civil. (2007, 23 de abril). Expediente No. 733193103001999-00125-01. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda. Colombia.



Autor: Mauricio Escobar Martínez

Título: Aquelarre

Técnica: óleo sobre cartón paja

Dimensión: 25 x 35 cm

Año: 2004

## ***LA FLEXIBILIDAD PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS\****

\* Estudio desde el debido proceso y el eficientismo procesal. Investigación terminada y presentada por el Semillero de Investigación en Derecho Procesal de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en el XII concurso internacional para estudiantes de pregrado, en el marco del XXXII Congreso colombiano de Derecho Procesal llevado a cabo en la ciudad de Bogotá, septiembre 7, 8 y 9 de 2011. En la elaboración de la ponencia participaron los siguientes estudiantes: María Isabel Uribe López, Juliana Uribe Mejía, Carmiña Cadavid Cano, Jairo Alonso Mosquera Lozano, Carlos Arturo Lopera Vasco, Lisseth Pérez Velásquez, Andrea García Restrepo, Karina Ríos Córdoba, Juan Felipe Vallejo Osorio, Tania Carolina Rivera Fernández y Lina Marcela Restrepo Gómez; coordinados por los profesores Luis Bernardo Ruíz Jaramillo y Oscar Alberto García Arcila.

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2012

Fecha de aprobación: 7 de junio de 2012

## LA FLEXIBILIDAD PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.

*María Isabel Uribe y otros*

### RESUMEN

En el proceso que se adelanta ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos se observan algunas particularidades que se manifiestan en: la libertad de prueba, la valoración de la prueba, la carga de la prueba y su práctica, que permiten establecer los hechos, no tanto a partir de la prueba empírica, sino con base en componentes de tipo pragmático, como las ficciones o presunciones o la llamada prueba circunstancial, lo cual lleva a preguntarse lo siguiente: ¿Es razonable y compatible con el debido proceso, que en aras de garantizar los derechos humanos, la Corte Interamericana se otorgue tan amplias libertades en la obtención y apreciación de la prueba, lo mismo que en la generación de desfavorecimientos probatorios contra el Estado cuando funge como demandado durante los procesos que ante ella se adelantan?

Este escrito tiene como finalidad realizar un estudio de la actividad probatoria en los procesos que se adelantan ante la Corte contrastando sus características con los principios del debido proceso, a fin de establecer si con éstas se afectan garantías procesales de las partes.

**Palabras clave:** Corte Interamericana de Derechos Humanos, desfavorecimientos probatorios, debido proceso, derechos humanos, eficientismo procesal, actividad probatoria, libertad probatoria.

## THE PROBATORY FLEXIBILITY IN THE PROCEDURE OF THE INTER AMERICAN COURT OF HUMAN RIGHTS

### ABSTRACT

In the process that is conducted in face of the Inter-American Court of Human Rights some particularities has been observed: the freedom in the evidence, the evidence valuation, the practice and the charge in the evidence, that establish the facts, therefore not fundament in a empiric evidence, if not in components of programmatic type, like presumptions and fictions of the called circumstantial evidence, which to ask: is reasonable and compatible with the due process, in order to guarantee, the Inter-American Court of Human Rights, brings so biggest liberties in the obtaining an the appreciation of the evidence, the same in the generation of disadvantage values when the State has been demanded, during the processes developed in this Court?

This paper has a finality to make a study of the probatory activity in the processes developed before the Court, contrasting those characteristics with the due process principles, to establish if with that the procedural guarantees of the parts are affected.

**Key word:** Inter-American Court of Human Rights, procedural disadvantages, due process, Human Rights, procedural efficientism , probatory activity, probatory freedom

# LA FLEXIBILIDAD PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

## INTRODUCCIÓN

Es deber de los Estados garantizar la protección de los derechos humanos, por lo que en el ámbito de cada Estado se crean mecanismos internos cuya finalidad es la tutela efectiva de estos derechos. Sin embargo, en muchas ocasiones estos mecanismos, aunque formalmente existen, se tornan insuficientes o ineficaces, y los individuos o no ven satisfechos sus derechos o los ven satisfechos de forma incompleta. Estas falencias han generado la necesidad de crear órganos internacionales que trasciendan las fronteras estatales y doten al individuo de la protección que su propio Estado no logra brindarle; máxime si se tiene en cuenta que es el mismo Estado el principal violador de los derechos humanos.

Una vez un sujeto considera que el Estado ha incumplido el deber de garantizar la protección de sus derechos, ya sea porque éste no cumplió con sus funciones o porque se extralimitó en el ejercicio de las mismas, se legitima al individuo para acudir ante estos entes y reclamar la tutela efectiva de los derechos. Parte de esta tutela consiste en que se pueda colocar al sujeto en las condiciones que se encontraba antes de que tuviese lugar la violación y, si esto no es posible, la tutela consistirá en proporcionar al individuo una reparación integral, que pueda en cierta medida, disminuir el efecto del perjuicio causado a partir de la violación o de la falta de protección de los derechos.

En el entorno americano, el sistema de protección de los derechos humanos se genera en 1948 con la constitución de la Organización de Estados Americanos y, posteriormente, en 1969, con la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante la Convención), para culminar en lo que hoy conocemos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Corte). Esta Corte es el único órgano internacional con competencia para decidir sobre la responsabilidad de los Estados americanos que han ratificado la Convención en los casos de violación de dichos derechos.

En materia probatoria, en el proceso ante la Corte, se presenta una acentuada tendencia hacia el eficientismo con la implementación de figuras de inspiración pragmática, lo cual lleva a preguntarse lo siguiente: ¿Es razonable y compatible con el debido

proceso, que en aras de garantizar los derechos humanos, la Corte Interamericana se otorgue tan amplias libertades en la obtención y apreciación de la prueba, lo mismo que en la generación de desfavorecimientos probatorios contra el Estado cuando funge como demandado durante los procesos que ante ella se adelantan?

Este escrito tiene como finalidad realizar un estudio de la actividad probatoria en los procesos que se adelantan ante la Corte contrastando sus características con los principios del debido proceso, a fin de establecer si con éstas se afectan garantías procesales de las partes.

El texto se distribuye en cuatro acápites: en el primero se hace una referencia a la fundamentación de los derechos humanos y la forma como la Corte les brinda protección; en el segundo se realiza un estudio de la actividad probatoria en la Corte y de las especiales características que tiene; en el tercero, se hace una ponderación en torno al debido proceso y a las garantías procesales que deben respetársele a cualquier sujeto parte, con la libertad de formas que en materia probatoria se presenta en la Corte; y en el cuarto, se anotan las conclusiones.

## **1. FUNDAMENTOS FILOSÓFICOS DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SU PROTECCIÓN**

Tomando como referente lo dicho por la Organización de las Naciones Unidas (Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas, 2011) los derechos humanos son aquellos que tiene todo ser humano por la sola razón de serlo, sin que sea necesario hacer distinciones de raza, sexo, nacionalidad, religión o cualquier otra condición.

Según González Uribe, las ideas que fundamentan las primeras nociones de los derechos humanos surgen con los estoicos y son reforzadas luego en el cristianismo y especialmente con Tomás de Aquino (2011, p. 327-329). Huesbe Llanos (2009, p. 428) reconoce, por ejemplo, que dentro de algunos textos normativos ingleses del siglo XVII ya se establecían algunos derechos y libertades para los habitantes del país. Sin embargo, tal y como lo afirman Novak Talavera y García Corrochano (2002, p.262), “serán la Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776 y la declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano adoptada por la Asamblea Constituyente Francesa el 26 de agosto de 1789, las que proclamarían por vez primera con carácter general y no solo para sus nacionales, los derechos del hombre”.

Si bien las declaraciones referenciadas son las primeras en abrirle un espacio universal a los derechos humanos, este tema siguió estando regulado discrecionalmente por los derechos internos de los Estados y fue solo después de la segunda guerra mundial cuando estos empezaron a concretarse a nivel internacional, por medio de la

Organización de las Naciones Unidas, creada en 1945 (González Uribe, 2011, p. 334). Según Novak y García (2002, p. 263), respecto de los derechos humanos específicamente, la organización mencionada recopiló y adicionó las libertades y derechos que se habían establecido en favor de los seres humanos en instrumentos anteriores a su fundación y los promulgó bajo los postulados de universalidad e inalienabilidad, característicos de los derechos naturales, generando la obligación para los Estados miembros de respetarlos y promoverlos.

De acuerdo a García Ramírez, el derecho internacional tuvo que sobrepasar el problema filosófico de los derechos humanos, para luego entender el acceso a la justicia en sus tres dimensiones: primero, el acceso formal, que se refiere a la posibilidad de llevar las pretensiones ante una jurisdicción independiente, imparcial y competente; segundo, el acceso material, que consagra la necesidad de que el proceso termine en una sentencia justa y tercero, un acceso preventivo o cautelar (2006, p.16).

La Corte Interamericana de Derechos Humanos se encarga de tutelar los derechos de quienes han sido víctimas de una violación por parte del Estado, con base en la Convención y en el Reglamento vigente. Para esto es necesario que quien acude ante ella dé inicio a un proceso contencioso, en el cual la parte demandada siempre es el Estado y las partes demandantes son la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Comisión), quien en primera instancia recibe la denuncia de la parte afectada y tiene la función de acusar al Estado o en su caso el Estado, quien tiene también la facultad de acusar a otro Estado miembro de la Convención ante la Corte.

## **2. ACTIVIDAD PROBATORIA EN LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

En la actividad probatoria de los procesos que se adelantan ante la Corte hay ciertas particularidades que dan lugar a marcadas diferencias respecto de la manera como se realizan los procedimientos al interior de los Estados. Dichas singularidades consisten en la minimización de las formalidades que regulan la actividad probatoria y en la creación de diversas reglas que desfavorecen la situación procesal del Estado cuando actúa como demandado.

La Corte ha argumentado que tales particularidades son admisibles si se considera que las violaciones de derechos humanos son un asunto de considerable gravedad y que la víctima, al reclamar la protección, se encuentra en una desventaja notoria frente al Estado, ya que éste es el que monopoliza el sistema

de justicia en su interior (Corte IDH, caso Loayza Tamayo Vs. Perú). Según Fix-Zamudio (2001, p. 197, citado por Pizzolo, 2007, p. 306) para la mencionada Corte la justificación de dichas particularidades es obtener las pruebas necesarias para establecer la posible responsabilidad del Estado. Así lo expresó tal Corte en la sentencia del 31 de agosto de 2001 (Caso de la comunidad Mayagna AwasTingni vs. Nicaragua):

“Con el fin de obtener el mayor número posible de pruebas, este Tribunal ha sido muy flexible en la admisión y valoración de las mismas, de acuerdo con las reglas de la lógica y con base en la experiencia (...) El procedimiento establecido para los casos contenciosos ante la Corte Interamericana ostenta características propias que lo diferencian del aplicable en los procesos de derecho interno, no estando el primero sujeto a las formalidades propias del segundo”.

La actividad probatoria se abordará desde los principios y figuras más sobresalientes del procedimiento:

### **2.1. Libertad de Prueba**

Este principio, según Barbosa Delgado (2002, p. 215), consiste en que la prueba se aporta, decreta y practica con libertad en el proceso; se manifiesta de dos formas: en la libertad que tienen las partes de aportar y solicitar las pruebas que consideren deben ser valoradas por el Tribunal y en el poder que tiene el juez para decretar de oficio toda prueba que considere necesaria.

La Corte ha justificado la libertad de prueba en consideración a que el proceso, cuando es realizado ante las instancias internacionales, le concede a la justicia material una protección reforzada, en el entendido de hacer prevalecer, en ciertos casos, la materia sobre las formas, sobre todo si dicho tribunal internacional se finca en la protección de los derechos humanos. Así la Corte afirmó:

“El proceso es un medio para realizar la justicia y ésta no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, sin que por ello se afecte la seguridad jurídica y el equilibrio procesal entre las partes. Por referirse a violaciones a derechos humanos y acoger, en consecuencia, el principio de verdad histórica, el proceso ante este Tribunal internacional tiene un carácter menos formalista que el seguido ante las autoridades internas” (Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Y caso Tiu Tojín Vs. Guatemala).

En el mismo sentido se pueden referenciar jurisprudencias de otros tribunales internacionales como el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Caso Klass

y otros, y el caso *Ringelsen*) y la Corte Internacional de Justicia (Caso *Mavrimatis Palestine Concessions*, Judgment N° 2 y caso *Case Aegean Sea Continental Shelf*, Judgment), que de manera puntual le dan un carácter residual al procedimiento haciendo primar la protección material de los derechos humanos.

Lo anterior permite concluir, siguiendo a Pizzolo (2007, p. 274): “*El principio defendido por la Corte es que la forma queda subordinada a la finalidad de protección, a menos que por un excesivo informalismo se lesione el principio de defensa*”

## 2.2. Prueba de Oficio

El Reglamento de la Corte (artículo 58) establece su facultad oficiosa para producir e incorporar elementos probatorios útiles para el caso que está desarrollando en el evento de que ninguna de las partes los haya ofrecido como pruebas o para incorporar elementos que por el momento en el que se encuentra el proceso ya no pueden ser allegados. En varios casos, la Corte ha decretado la incorporación extemporánea de ciertos documentos por parte del Estado o de la Comisión, o ha solicitado a las partes allegar elementos probatorios como prueba para mejor resolver. Al respecto ha dicho este Tribunal:

“A pesar de que el Estado no hizo manifestación alguna sobre las razones que motivaron la presentación extemporánea de estos elementos probatorios y no acreditó, por tanto, las circunstancias excepcionales que justificarían su aceptación por la Corte, ésta estima que los mismos constituyen prueba útil en la medida que contienen información sobre los hechos examinados por lo que los incorpora al acervo probatorio con base en el Artículo 44.1 del Reglamento, y los valora como prueba circunstancial dentro del acervo probatorio, conforme al principio de la sana crítica.” (Bámaca Velásquez Vs. Guatemala).

Otra manifestación del poder oficioso de la Corte consiste en las preguntas que pueden realizar los jueces y las partes en el proceso (Artículo 52). Al respecto, dice Abreu Burelli:

“Puede mencionarse a su favor que es un excelente mecanismo para conocer la verdadera posición de los sujetos procesales en relación con los puntos importantes del conflicto. En contra, se ha argumentado que los jueces y la Corte misma al formular interrogatorios, pueden asomar una prematura indicación de sus ideas sobre el caso. Sin embargo el balance permite concluir que la práctica –tanto de la CIJ, como de la Corte- no ha tenido resultados negativos y puede haber servido a la finalidad de suministrar información tanto de los hechos, como del derecho, antes que la sentencia sea dictada” (2003, p. 299).

### 2.3. El *Thema Probandum* y la Admisibilidad de La Prueba

El *tema probandum* y la admisibilidad de la prueba se encuentran íntimamente ligados en la medida en que el primero determina cuáles son los hechos sobre los cuales recaerá la actividad probatoria en el proceso, y el segundo hace referencia al juicio que hace el juez para efectos de incorporar la prueba al proceso.

Uno de los parámetros del juicio de admisibilidad es la legalidad de la prueba y como manifestación de esta se encuentra que el ofrecimiento y la presentación de la misma deben realizarse en las oportunidades señaladas para materializar el principio de igualdad de las partes en materia probatoria. El Reglamento permite el ofrecimiento de la prueba en el informe elaborado por la Comisión, en el escrito ofrecido por el Estado cuando este es el demandante, en la contestación cuando es el demandado y en el escrito de solicitudes, argumentos y pruebas que pueden allegar las presuntas víctimas. Excepcionalmente podrá admitirse una prueba si el que la ofrece justifica su presentación extemporánea por razones de fuerza mayor, impedimento grave y hecho sobreviniente.

Una situación especial a considerar es la admisibilidad de la prueba obtenida por la Comisión. La Corte admitirá la prueba obtenida por la Comisión siempre y cuando se respete el principio de contradicción y no se considere indispensable repetirla; sin embargo, con ello se desconoce el principio de inmediación, en la medida en que el juez que va a valorar la prueba no es el mismo que la va a practicar.

Entre las reglas que inciden en el criterio de la utilidad para la obtención de la prueba se encuentra la exención de prueba que genera el principio del *iura novit curia*, en virtud del cual la Corte ejerce una función reparadora en tanto puede reconocer, de manera oficiosa, derechos que no fueron objeto de petición. A juicio de la Corte “el juzgador posee la facultad e inclusive el deber de aplicar las disposiciones jurídicas pertinentes en una causa, aun cuando las partes no las invoquen expresamente” (Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Caso Cantos). No obstante lo anterior, este principio no permite el reconocimiento de nuevos hechos no establecidos inicialmente por las partes -con excepción de los sobrevinientes- (Corte, Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú), pues de lo contrario se estaría violando el derecho de defensa de las mismas (Pizzolo, 2007, p. 284).

Otra particularidad se presenta con la aplicación del principio de *estoppel*, en virtud del cual, según Pizzolo, la Corte, en aras de proteger la seguridad jurídica de las partes, obliga a las mismas a que cuando asuman una posición determinada y dicha actitud produzca efectos jurídicos, estas no puedan posteriormente cambiar su posición, quedando supeditadas a defender la inicialmente adoptada

(2007, p. 284). En los procesos ante la Corte (Caso Neira Alegría y otros. Caso del Caracazo. Y Caso Montero Aranguren y Otros —Retén de Catia—) esta figura se ha aplicado generalmente en detrimento de los intereses del Estado, ya que opera contra él la imposibilidad de probar hechos que vayan en contravía de los alegados inicialmente y las pruebas dirigidas a corroborar dichos hechos se consideran inadmisibles por impertinencia probatoria. Explica Pizzolo (2007, p. 276) que “cuando una parte en un litigio ha adoptado una actitud determinada que redunde en beneficio propio o en deterioro de la contraria, no puede luego, en virtud del principio de *estoppel*, asumir otra conducta que sea contradictoria con la primera”

#### 2.4 Documentos

Las partes pueden aportar al proceso toda clase de documentos, los cuales pueden ser públicos o privados, escritos o grabados, en forma visual o sonora, o de otro tipo como correos electrónicos, páginas web, recortes de prensa, mapas y recibos. Teniendo la Corte la facultad de pedirle a las partes que aporten los documentos que ella requiere y considera pertinentes para el examen del caso.

Tratándose de documentos extemporáneos, si la Corte estima que son útiles para resolver la causa los valorará en conjunto con el resto del acervo probatorio, teniendo en cuenta las observaciones que presentaron las partes. Afirmar la misma corporación que es procedente apreciar los documentos de prensa remitidos por las partes cuando recojan hechos públicos y notorios, declaraciones de funcionarios del Estado no ratificadas o cuando corroboren aspectos relacionados con el caso y acreditados por otros medios (Caso Chaparro Álvarez y Lapo Íñiguez Vs Ecuador).

La Corte puede incorporar como prueba documental el testimonio que no cumpla los requisitos del Reglamento. En el caso Valle Jaramillo Vs Colombia, el demandante presentó como prueba dos declaraciones rendidas en el marco de un proceso penal que se llevó a cabo en la jurisdicción interior. El Estado se opuso a tales declaraciones con el argumento de que no habían sido corroboradas ni valoradas por la Fiscalía de instrucción del proceso judicial interno, ni cumplían los requisitos del Reglamento, por la falta de contradicción en el proceso judicial interior. A pesar de estas falencias la Corte decidió admitirla y valorarla con el carácter de prueba documental.

Por otra parte, en el caso Tiu Tojín Vs Guatemala, la Corte le concede el carácter de documento a las direcciones electrónicas, en consideración a que con este tipo de prueba no se afecta la seguridad jurídica ni el equilibrio procesal, ya que en estos casos el enlace electrónico directo del documento que se cita como prueba es inmediatamente localizable por el Tribunal y por las otras partes.

## 2.5 Los Testimonios y las Pericias

Cuando en el proceso las partes soliciten la práctica de la prueba testimonial deben individualizar a cada testigo indicando el objeto de su declaración. Los jueces, la víctima o sus representantes y el Estado pueden formular las preguntas que consideren pertinentes a toda persona que comparezca ante la Corte.

Los Estados no pueden enjuiciar a los testigos, peritos o víctimas ni ejercer represalias contra ellos, o sus familiares a causa de sus declaraciones. No obstante esta disposición, tenemos que en caso de que los testigos citados a rendir declaración no se presenten, se nieguen a declarar o violen el juramento o la declaración solemne, la Corte está facultada para poner tal situación en conocimiento del Estado, para que a estas personas se les apliquen las normas conforme a la legislación interna.

El testimonio se rinde en San José de Costa Rica, no obstante, puede realizarse en otro lugar en presencia de un delegado de la Corte (*prueba in loco*). El Reglamento también permite la recepción de declaraciones haciendo uso de medios electrónicos audiovisuales. Otra particularidad del testimonio que se practica ante la Corte es la posibilidad que ésta tiene de escuchar, a título informativo, a una persona impedida para declarar. En el caso *Yvon Neptune Vs. Haití*, por ejemplo, la Corte admitió la declaración del abogado del Señor Neptune por considerarlo ajustado al objeto de prueba definido por el presidente de la Corte.

En cuanto a la prueba pericial las partes solicitan la prueba indicando los temas que les son relevantes para que sean abordados en el informe y el tribunal designa el perito señalándole los puntos específicos sobre los cuales debe pronunciarse. El juez valorará como medio de prueba el informe realizado por el perito.

La Corte permite además la incorporación de testimonios y pericias bajo la modalidad denominada *affidavit*: declaraciones juradas que se presentan ante fedatario público, que son valoradas a condición de que la contraparte haya tenido la oportunidad de contradecirlas en el trámite del proceso. El *affidavit* se justifica si se consideran los altos costos de adelantar un proceso ante este organismo y la necesidad de que el proceso sea ágil y eficiente (Acosta Alvarado, 2008, p. 68).

En el caso de la masacre de Mapiripán vs Colombia, el Estado objetó varias declaraciones que se hicieron siguiendo parcialmente la figura de los *affidavit*, pues consideró que no se había cumplido con el requisito de que la declaración se hiciera ante fedatario público allegándola con la simple autenticación. La Corte valoró las declaraciones argumentado que lo más importante es obtener la mayor cantidad de información posible para acercarse más a los hechos ocurridos y así fallar mejor

(Caso de la masacre de Mapiripán vs Colombia. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Caso de las Hermanas Serrano Cruz. Caso Yatama).

Tanto los testimonios como los informes de los peritos versarán únicamente sobre el objeto que la Corte haya establecido; excepcionalmente, ante petición fundada, la Corte podrá modificar el objeto de la declaración o aceptar una declaración que exceda el objeto fijado.

## 2.6. La Valoración de la Prueba

Reiteradamente la Corte ha manifestado que su sistema de valoración probatoria es la sana crítica, pero que éste resulta ser más amplio y menos formal que el del derecho interno (Caso Loayza Tamayo y Caso Castillo Páez). La misma Corte analiza las violaciones a la Convención, en consideración a los hechos que ella misma entiende probados, y los argumentos de las partes, apreciando y valorando las pruebas con sujeción a las máximas de la lógica y la experiencia, sin someterse a la regla de la tarifa legal (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. *Fondo*, nota 33, párr. 130).

Según Bovino, la Corte asume dos posiciones diferentes al momento de valorar la prueba: en la primera de ellas no se aplica realmente la sana crítica y se presenta cuando hay elementos de prueba que no han sido controvertidos, objetados o impugnados. En virtud de esta omisión se considera probado el hecho que el elemento de prueba tiende a demostrar. En la segunda posición, la Corte hace uso de las reglas de la sana crítica del mismo modo que se aplican en el derecho interno y no de una manera más amplia y general, como ella manifiesta hacerlo (2011).

La única particularidad que parece revestir la valoración probatoria que realiza la Corte es que concede un alto valor a ciertos elementos de convicción frente a la ausencia de pruebas adicionales o corroborantes respecto de un hecho o circunstancia determinados; práctica que tiene recibo sobre todo cuando se trata de graves violaciones a derechos humanos, que van acompañadas de una política de supresión de cualquier prueba. En esta línea la Corte se ha otorgado la facultad de “utilizar tanto las pruebas circunstanciales, como los indicios y las presunciones como base de sus pronunciamientos, cuando de aquellas puedan inferirse conclusiones consistentes sobre los hechos” (Caso Gangaram Panday Vs. Surinam, párr. 49).

La Corte puede presumir la responsabilidad del Estado en casos como torturas, desapariciones forzadas y en los que sea muy difícil para los peticionarios probar la responsabilidad de este, invirtiéndose la carga de la prueba, correspondiéndole al Estado demostrar que no incurrió en una violación de derechos humanos.

Otro aspecto que incide en la valoración de la prueba es el de los indicios y las presunciones, que implican aligeramientos probatorios a favor de las víctimas. Por ejemplo, existe una carga procesal para el Estado de contestar la demanda, de lo contrario se genera un desfavorecimiento probatorio consistente en presumir como “verdaderos los hechos sobre los cuales guardó silencio, siempre que de las pruebas existentes se puedan inferir conclusiones consistentes sobre los mismos.” (Caso Villagrán Morales y Otros —Caso de los “Niños de la Calle”—). Este desfavorecimiento también incluye las situaciones de contestación elusiva o ambigua por el demandado (Caso Durant y Ugarte vs Perú) y los eventos en que este no colabora con la actividad probatoria; sobre esto ha dicho la Corte:

“[...] en los procesos sobre violaciones de derechos humanos la defensa del Estado no puede descansar sobre la imposibilidad del demandante de allegar pruebas que, en muchos casos, no pueden obtenerse sin la cooperación del Estado. Es el Estado quien tiene el control de los medios para aclarar hechos ocurridos dentro de su territorio, y aunque la Comisión tiene facultades para realizar investigaciones, su labor depende de la cooperación y de los medios que le proporcione el Gobierno” (Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, párr. 141-142).

En cuanto a las presunciones, una de las más importantes es que la Corte ha dado por probada la responsabilidad del Estado cuando la violación en el caso concreto encuadra dentro de un patrón sistemático de violaciones. Presunción que ha sido aplicada particularmente en casos de desapariciones forzadas y ejecuciones extrajudiciales (Caso Hilaire, Constantine y Benjamín vs Trinidad y Tobago, párr. 67 y Caso Juan Humberto Sánchez vs Honduras, Párr. 108), generando un estándar de prueba disminuido para probar los hechos, ya que la cantidad de prueba necesaria para reconocer la indemnización se reduce a presunciones o pruebas circunstanciales, por lo que no se exige la certeza probatoria, sino una mera probabilidad de responsabilidad. También se presumen el dolor moral entre parientes y los perjuicios materiales cuando la víctima es mayor de edad y cabeza de familia.

Con relación al estándar de la prueba, la Corte ha asumido en este punto una posición laxa argumentando que tratándose de temas como la violación de los derechos humanos, es necesario mantener abierta la posibilidad de fallar teniendo en cuenta las características y pruebas que se presenten en cada caso concreto. En este sentido: “la Corte ha tenido en cuenta que la jurisprudencia internacional, al considerar que los tribunales internacionales tienen la potestad de apreciar y valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, ha evitado siempre adoptar una rígida determinación del quantum de la prueba necesaria para fundar un fallo” (Caso de la masacre de Mapiripán vs Colombia, párr. 73. Caso Acosta Calderón vs Ecuador, párr. 41. Caso Yatama vs Nicaragua, párr. 108).

### 3. DEBIDO PROCESO Y LA FLEXIBILIDAD PROBATORIA

El debido proceso se ha entendido como un derecho fundamental, inherente a todos los individuos. Su reconocimiento en casi todos los países del mundo, obedece a una aceptación generalizada de su importancia dual: por un lado constituye una garantía para el buen funcionamiento judicial en sí y por otro, involucra el respeto de otros derechos fundamentales (Quispe Remon, 2010, p. 217). Así, según Bernal Pulido, el debido proceso es un derecho autónomo que protege “las facultades del individuo para participar en los procedimientos del estado constitucional democrático y el ejercicio dentro del marco de dichos procedimientos, de las facultades de hacer argumentaciones, afirmaciones, aportar pruebas, y las capacidades de rebatir los argumentos de los demás y de autocriticarse” (2004, p. 13). Agrega el mismo autor que hay que entender el debido proceso como un derecho fundamental o garantía que permite la materialización de otros derechos fundamentales como la libertad, la igualdad y demás derechos que estructuran el Estado democrático (2004, p. 13).

Como principio general del derecho, el debido proceso no será reconocido únicamente a los individuos, sino en general, a las partes, dado su carácter de garantía para el proceso justo. Es así que en el ámbito internacional el debido proceso también es utilizado por los jueces y tribunales para juzgar a los Estados aceptando que solo en la medida en que éste se garantice puede hablarse de eficacia de la justicia.

La Comunidad internacional condena todas las formas de agresión y propugna por que las formas de resistencia frente al poder del Estado no reproduzcan sistemáticamente la violencia. Así, se han diseñado instancias jurisdiccionales de carácter supranacional cuyas decisiones vinculan a los Estados haciéndolos responsables de sus actos contra la población civil.

La barrera de protección es ahora un decálogo que nos acerca a una ciudadanía internacional: los derechos humanos. Si bien, en ocasiones desafortunadas este discurso se ha usado como bandera colonizadora del mundo por occidente, la gran mayoría de la población mantiene hoy su optimismo respecto al discurso de los derechos, si este es leído de forma pluralista y si los débiles pueden invocarlo contra los poderosos.

Dentro de la Corte, materia de estudio de este artículo, hay una interesante encrucijada a resolver, en el sentido de que en su labor se garantiza la justicia de los fines, lo cual no justifica, por sí, la legitimidad de los medios empleados, sobre todo en materia probatoria en la que la flexibilidad en la obtención y valoración, si bien va dirigida a proteger -en general- los derechos humanos, tiene la potencialidad de afectar, en específico, un derecho humano como el debido proceso.

La laxitud en las reglas probatorias en el ámbito de la Corte se ha justificado en que muchos de los casos de violaciones a los derechos humanos objeto de cuestionamientos van acompañados de políticas formales o informales de supresión de todo elemento de prueba. Por ejemplo, es usual que los testigos sean asesinados o desaparecidos, la prensa sea amordazada por diversos agentes estatales o privados, la población sea sometida a la “ley del silencio”; de esta misma forma, dado que las víctimas sobrevivientes son las que resultan aportando el único conocimiento sobre el caso. Sin embargo, como tienen en él un interés directo, el valor de sus declaraciones, según la teoría general de la prueba judicial, debe estar matizado por las reglas de la sana crítica.

Por todo lo anterior, es pertinente retomar la pregunta que se hizo al principio de este estudio: ¿Es razonable y compatible con el debido proceso, que en aras de garantizar los derechos humanos, la Corte Interamericana se otorgue tan amplias libertades en la obtención y apreciación de la prueba, lo mismo que la generación de desfavorabilidades probatorias contra el Estado cuando funge como demandado durante los procesos que ante ella se adelantan?

En efecto, entre las reglas probatorias que se aplican en el procedimiento ante la Corte existen muchas de inspiración pragmática que persiguen fines eficientistas y que en la mayor parte de los casos van contra los intereses del Estado cuando es demandado. Lo anterior se manifiesta en: la instauración de cargas procesales tales como la ficción de la admisión de los hechos por la no respuesta del Estado a la demanda o por su conducta procesal de no colaborar con la actividad probatoria; la aplicación del principio del *estoppel*; la amplia libertad en cuanto a las oportunidades probatorias con el juego de la prueba para mejor proveer; la mutación de la naturaleza jurídica de medios de prueba como el testimonio y el documento; la utilización de la llamada prueba circunstancial como aligeramiento del estándar de prueba; además de otras figuras como el *affidavit*, que implican serias restricciones a la posibilidad de la contradicción.

Sin duda alguna, hay razones atendibles para hacer uso de estas reglas en aras de alcanzar la eficacia procesal, ya que tratándose de un proceso de tipo indemnizatorio es posible que las dificultades probatorias ameriten consideraciones especiales con la víctima, máxime cuando el Estado monopoliza la justicia en el ámbito interno y cuando se presenta como el agente activo de las violaciones a los derechos humanos. La desigualdad creada por estas reglas en el ámbito del proceso internacional compensa la manifiesta desigualdad en que se encuentran las víctimas frente al Estado.

Los contradictores de estas prácticas podrían decir que es peligrosa tal concesión, máxime si se considera que los Estados parte incorporan a su derecho interno jurisprudencia de la Corte, o si se avizora una evolución de la Corte hacia el

juzgamiento directo de personas y agentes estatales. Frente a esto, la mayor defensa de la Corte es que quien sufre sus condenas es un Estado y que la flexibilidad probatoria beneficia a ambas partes. Sobre este punto la Corte es clara:

... es necesario tener presente que la protección internacional de los derechos humanos no debe confundirse con la justicia penal. En los casos en que los Estados comparecen ante el Tribunal no lo hacen como sujetos en un proceso penal, pues la Corte no impone penas a las personas culpables de violar los derechos humanos. La función de ésta es proteger a las víctimas y determinar la reparación de los daños ocasionados por los Estados responsables de tales acciones (Caso Suárez Rosero vs Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35, párr. 37. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales, párr. 136. Caso Godínez Cruz, párr. 140. Caso Velásquez Rodríguez, párr. 134).

Aunque en principio podría dejarse de lado una de las preocupaciones de este escrito en vista de que en el sistema interamericano no se está ante el juicio de un ciudadano por una responsabilidad penal y por lo tanto no está en juego la libertad, la jurisprudencia y los principios internacionales están siendo usados por las Cortes nacionales para sustentar sus decisiones. Sin duda alguna las reglas procesales aplicadas en los casos en los que la parte pasiva del proceso es el Estado, no pueden ser utilizadas del mismo modo en los casos donde el demandado o parte pasiva es un ciudadano.

Sin embargo, el discurso de los derechos humanos, en el marco del derecho internacional, ha permitido entrar a excepcionar principios como el *non bis in ídem*, el de favorabilidad o el de legalidad y la imprescriptibilidad de los delitos o la cosa juzgada en procesos internos. Específicamente en Colombia la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia se han sumergido en discusiones propias de la contraposición de principios de índole constitucional y mandatos del derecho internacional, en particular el de los derechos humanos. Tales ponderaciones han sido traducidas en disputas entre las garantías del individuo y la posibilidad de los Estados de materializar la justicia o los derechos de las víctimas.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia colombiana (proceso 33118 de 2010) considera lo siguiente: "... es claro que la única forma de iniciar o continuar la investigación por una conducta que probablemente constituye vgr., un delito de genocidio y/o de concierto para delinquir en vigencia del Decreto-Ley 100 de 1980, es argumentando la imprescriptibilidad de la acción penal, con fundamento en los tratados internacionales sobre derechos humanos reconocidos por Colombia y aplicables como principios de derecho internacional (...) lo que permite—sin violentar el principio de legalidad—que la norma de carácter internacional sea tenida en cuenta como la que tipifica dicho delito y, en consecuencia, conductas

constitutivas del mismo puedan ser sancionadas penalmente, aún cuando se hayan cometido con anterioridad a la entrada en vigencia de la referida ley interna. Es evidente la trascendencia internacional que connota la comisión de esta clase de conductas, ya definidas como de lesa humanidad...”

Por lo tanto, lo cuestionable de este efecto de las sentencias de la Corte radica en su recepción en los Tribunales internos, por vía de interpretación a partir del bloque de constitucionalidad; por ejemplo, la Corte Constitucional colombiana ha considerado que en algunas circunstancias excepcionales no contempladas por el legislador debe proceder la reapertura o revisión de los procesos penales que habían terminado con la preclusión de la investigación, la cesación del procedimiento o la sentencia absolutoria (Sentencia C-04 de 2003).

En el mismo sentido, los procesos indemnizatorios por violación a los derechos humanos terminan teniendo efectos que sobrepasan ese nivel de reparación, ya que en la práctica conllevan consecuencias para particulares relacionadas con los procesos internos a quienes se les retira la cosa juzgada. Así, lo que tiene inicialmente un carácter indemnizatorio termina produciendo efectos de persecución penal. Esto no sería escandaloso si el proceso internacional se llevara con el respeto pleno de las garantías procesales, en el que se declare la verdad procesal sin ficciones jurídicas fincadas en presunciones o favorecimientos probatorios. Lo paradójico de la situación es que la Corte se erige como un órgano protector de los derechos humanos, pero resulta afectando el derecho humano al debido proceso, en lo referente a la seguridad jurídica que ella misma pregona.

#### 4. CONCLUSIONES

Se observan en el procedimiento que se adelanta ante la Corte unas prácticas jurídicas con algunas particularidades que difieren claramente de los procesos al interior de los Estados, destacándose: la libertad de prueba, que se manifiesta en figuras como el *affidavit*, la admisión de la prueba extemporánea y la trasmutación de la naturaleza jurídica de medios de prueba como el testimonio en prueba documental. En la valoración de la prueba, esta libertad se manifiesta en los casos de desaparición forzada o tortura, en los que la Corte aplica un estándar de prueba disminuido, permitiendo establecer los hechos, no tanto a partir de la prueba empírica, sino con base en componentes de tipo pragmático, como las ficciones o presunciones o la llamada prueba circunstancial.

Resulta razonable que una Corte internacional permita, para efectos de proteger los derechos humanos y juzgar las conductas activas o pasivas del Estado que tengan

relación con la violación de estos, acudir a reglas probatorias pragmáticas, toda vez que el sujeto pasivo del proceso es un Estado. Este eficientismo procesal permite que la Corte valore las pruebas libremente al momento de la sentencia, a sabiendas de que en algunos eventos no se respetan las garantías procesales.

En la dogmática jurídico-procesal se predica que las partes vinculadas en el proceso deben actuar en igualdad de condiciones, situación que ante la Corte se matiza en aras de equiparar al individuo frente al Estado. En virtud de esto la Corte actúa bajo la premisa de proteger materialmente los derechos humanos, situación loable pero controvertible cuando se utiliza el mismo argumento por parte de los órganos judiciales internos en desmedro de derechos también fundamentales de individuos que por pasiva no corresponden al margen del juzgamiento de la Corte, vulnerándose así derechos como la seguridad jurídica, la contradicción y el debido proceso.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABREU BURELLI, Alirio, “La prueba en los procesos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, colaboración para la obra colectiva *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, 2003.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2008. 148 páginas.
- BARBOSA DELGADO, Francisco, *Perspectiva Jurídica del Sistema de protección de Derechos Humanos*, Bogotá, 2002, Universidad Jorge Tadeo Lozano, Páginas 661.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El derecho fundamental del debido proceso*. Medellín, Colombia. Señal Editora, 2004. 83 Páginas.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. “Orden y valoración de las pruebas en la Función Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, colaboración para la obra colectiva *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, T, I.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *El acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos*. En: *El acceso a la justicia, entre el derecho formal y el derecho alternativo*. El otro derecho. No. 35. ILSA. Bogotá. 2006. 7-55 Páginas.
- NOVAK TALAVERA, F y GARCÍA CORROCHANO, L. *Derecho internacional público*, Tomo II, volumen 2: sujetos de derecho internacional. Fondo editorial del instituto de estudios internacionales de la Pontificia Universidad católica del Perú, 2002. Páginas 528.
- PIZZOLO, Calogero. *Sistema Interamericano*. Buenos Aires: EDIAR, 2007. 526 Páginas.

QUISPE REMON, Florabel. El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano. Tirant lo blanch Valencia. 2010. 650 Páginas.

## JURISPRUDENCIA

- Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Sentencia del 29 de julio de 1988. Serie C No. 4.
- Corte IDH. Caso Godínez Cruz Vs Honduras. Sentencia de 20 de enero de 1989. Serie C No. 5.
- Corte IDH. Caso Fairén Garbí y Solís Corrales Vs Honduras. Sentencia de 15 de marzo de 1989. Serie C No. 6.
- Corte IDH. Caso Neira Alegría y otros Vs Perú. Sentencia de 11 de diciembre de 1991. Serie C No.13.
- Corte IDH. Caso Gangaram Panday Vs. Surinam. Sentencia de 21 de enero de 1994. Serie C No. 12.
- Corte IDH. Caso Neira Alegría y Otros Vs. Perú. Sentencia de 19 de enero de 1995. Serie C No. 20.
- Corte IDH. Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997. Serie C No. 33.
- Corte IDH. Caso Castillo Páez vs Perú. Sentencia de 3 de noviembre de 1997. Serie C No. 34.
- Corte IDH. Caso Suárez Rosero Vs. Ecuador. Sentencia de 12 de noviembre de 1997. Serie C No. 35.
- Corte IDH. Caso Villagrán Morales y Otros Vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63
- Corte IDH. Caso Durant y Ugarte Vs. Perú. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C No. 68.
- Corte IDH. Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Sentencia de 25 de noviembre de 2000. Serie C No. 91.
- Corte IDH. Caso de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79.
- Corte IDH. Caso Hilaire, Constantine y Benjamín y otros Vs. Trinidad y Tobago. Sentencia de 21 de junio de 2002. Serie C No 94
- Corte IDH. Caso del Caracazo Vs. Venezuela. Sentencia de 29 de agosto de 2002, Serie C No. 95.
- Corte IDH. Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Sentencia de 7 de junio de 2003. Serie C No. 99.
- Corte IDH. Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No. 110.

- Corte IDH. Caso de las Hermanas Serrano Cruz Vs. El Salvador. Sentencia de 23 de noviembre de 2004. Serie C No. 118.
- Corte IDH. Caso Lori Berenson Mejía Vs. Perú. Sentencia de 25 de noviembre de 2004. Serie C No. 119.
- Corte IDH. Caso Yatama Vs. Nicaragua. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- Corte IDH. Caso Acosta Calderón Vs. Ecuador. Sentencia de 24 de junio de 2005. Serie C No. 129.
- Corte IDH. Caso de la masacre de Mapiripán Vs. Colombia. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 134.
- Corte IDH, Caso Montero Aranguren y Otros Vs. Venezuela. Sentencia de 5 de julio de 2006. Serie C No. 150.
- Corte IDH. Caso Boyce y otros Vs. Barbados. Sentencia de 20 de noviembre de 2007. Serie C No.169.
- Corte IDH. Caso Chaparro Álvarez y Iapo Íñiguez Vs. Ecuador. sentencia de 21 de noviembre de 2007. Serie C. No.170
- Corte IDH. Caso Yvon Neptune vs. Haití. Sentencia de 6 de Mayo de 2008. Serie C No. 180.
- Corte IDH. Caso Tiu Tojín Vs. Guatemala. Sentencia del 26 de noviembre de 2008. Serie C No. 190.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Ringeisen. Sentencia de 16 de julio de 1971.
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Caso Klass y otros, Sentencia de 6 de septiembre de 1978.
- Corte Internacional de Justicia. Caso Mavrimatis Palestine Concessions, Judgment N° 2, 1924, C. I. J., Series A, N° 2.
- Corte Internacional de Justicia. Caso Aegean Sea Continental Shelf, Judgment, C. I. J. Reports 1978.
- Corte Suprema de Justicia. Proceso 33118 de 2010, M.P. María del Rosario González de Lemos.
- Corte Constitucional. Sentencia 004 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

## **CIBERGRAFÍA**

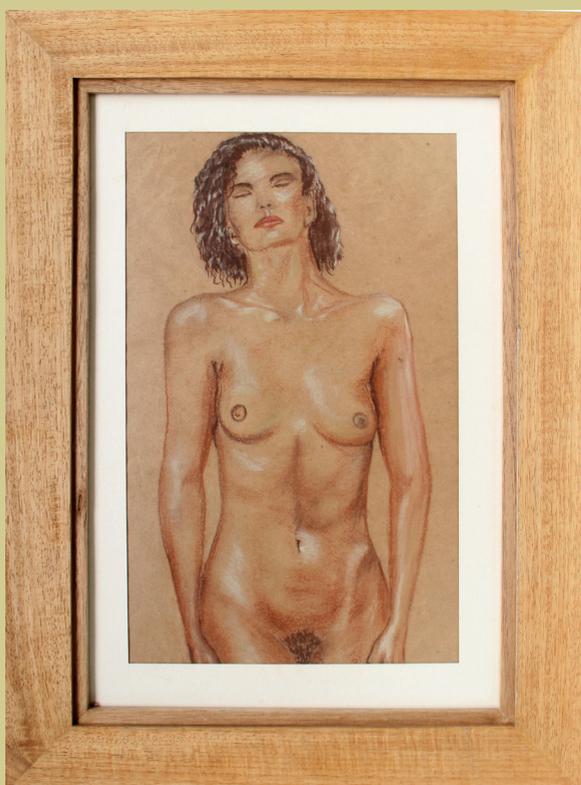
- BOVINO, Alberto. La actividad probatoria ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Sur, Rev. int. direitos human, 2005, vol.2, n.3. ISSN 1806-6445. Consultado el 01 de junio de 2011 en [Http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos3/esp/artigo\\_bovino.htm](Http://www.surjournal.org/esp/conteudos/artigos3/esp/artigo_bovino.htm).
- GONZÁLEZ URIBE, Héctor. Fundamentación filosófica de los derechos humanos, ¿personalismo o transpersonalismo? Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana 1988-1989, n° 19. Págs. 327-329. Archivo PDF,

extraído el 18 de junio de 2011 de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/rev/indice.htm?r=jurid&n=19>

Oficina del alto comisionado de las Naciones Unidas. ¿Qué son los derechos humanos? consultado el 17 de junio de 2011 en: <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Pages/WhatAreHumanRights.aspx>.

HUESBE LLANOS, Marco. La teoría política de Samuel Pufendorf a través de su comentario a la Constitución del imperio romano-germánico. *Revista de estudios histórico-jurídicos*, XXXI, Valparaíso, Chile, 2009. Pág. 428. Archivo PDF, extraído el 18 de junio de 2011 de: <http://www.scielo.cl/pdf/rehj/n31/art16.pdf>

EUSTAQUIO, Roberto G. Consultado el 11 de junio de 2011 en: <http://www.estudiobedoya.com.ar/archivos/amicuriae.htm>.



Autor: Mauricio Escobar Martínez

Título: Sin título

Técnica: Lápiz sanguina sobre papel kraft

Dimensión: 50 x 35 cm

Año: 1990

## ***LA DUCTILIDAD DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA TRIBUTARIA\****

---

\* Este texto es la presentación de uno de los resultados de la investigación *Las transformaciones del sistema tributario colombiano*, realizada durante el año 2011 en la línea de investigación “Globalización, neoliberalismo y reforma de la administración pública en Colombia” del Grupo de Investigación Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.

Fecha de recepción: 16 de marzo de 2012

Fecha de evaluación: 8 de mayo de 2012

## LA DUCTILIDAD DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA TRIBUTARIA

*Carolina Ariza Zapata\*\**

### RESUMEN

El presente artículo se ocupa de analizar la manera en que el alcance de algunos principios constitucionales ha sido ampliado o reducido, por parte de la Corte Constitucional, al momento de controlar la legalidad de las leyes tributarias. Del análisis de la doctrina constitucional se desprende la conclusión según la cual los principios de equidad, progresividad e igualdad, así como el principio de la buena fe, han sido objeto de una aplicación restringida, mientras que, por el contrario, el alcance del principio de eficiencia se ha ampliado notablemente. Especial cuidado ha tenido el juez constitucional en hacer extensivo al ámbito tributario el alcance de principios constitucionales que buscan regular la producción de efectos jurídicos de las normas en el tiempo.

**Palabras clave:** Corte Constitucional, Constitución, Estado Social de Derecho, equidad, progresividad, igualdad, eficiencia, irretroactividad, buena fe, situaciones jurídicas consolidadas, tributo.

### THE DUCTILITY OF THE CONSTITUTIONAL PRINCIPLES IN TRIBUTARY MATTER.

### ABSTRACT

This article focuses on analyzing how the scope of certain constitutional principles has been amplified or reduced by the Constitutional Court at the moment of reviewing the legality of tax laws. Upon examination of the constitutional doctrine, the conclusion that follows is that the principles of equity, progressiveness and equality, and the principle of *bona fide*, have been applied in a restrictive way, whereas the extent of the efficiency principle has been greatly amplified. Also, the constitutional judge has been particularly careful in extending into taxation the range of the constitutional principles that regulate the legal effects of norms over time.

**Key words:** Constitutional Court, Constitution, Social state of law, equity, progressiveness, equality, efficiency, Non-retroactivity, principle of good faith, consolidated legal situations, tribute.

---

\* Abogada de la Universidad EAFIT. Magíster en Derecho Público de la Universidad Panthéon-Sorbonne París 1. Especialista en Legislación Tributaria de la Universidad Pontificia Bolivariana. Docente investigadora de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.

# LA DUCTILIDAD DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA TRIBUTARIA

## INTRODUCCIÓN

La ductilidad fue la palabra escogida por Gustavo Zagrebelsky (1992) para denominar el carácter esencial del Derecho de los Estados constitucionales actuales, en el cual coexisten valores y principios que se asumen como no absolutos (p. 14). La ductilidad puede predicarse directamente de las normas jurídicas formuladas a modo de principios y no de reglas, si por ductilidad se entiende la cualidad de admitir grandes deformaciones, o de ser fácilmente deformable, como se predica de un material, en el sentido más natural y obvio de la palabra<sup>1</sup>. En palabras del profesor Robert Alexy (1986, citado por Lopera Mesa, 2004), los principios “son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes” (p. 215), a diferencia de las reglas que “contienen determinaciones en el ámbito de lo fáctico y jurídicamente posible” (p. 216).

El fundamento constitucional del Derecho Tributario, a partir de 1991, incluye una serie de principios que en adelante se le imponen especialmente al legislador, al momento de crear, modificar y extinguir tributos. Así, el sistema tributario colombiano se funda en los principios constitucionales de equidad, eficiencia y progresividad, así como en la irretroactividad de las leyes tributarias. Adicionalmente, la revolucionaria aparición de una prolija Carta de derechos, ambientada por la cláusula del Estado Social de Derecho, amplió el espectro de las normas constitucionales de obligatoria observancia para el legislador tributario.

El control constitucional es la instancia en la que la ductilidad de los principios queda en evidencia, porque los mismos se deforman de acuerdo con la aplicación que el operador jurídico hace de ellos. El objeto del presente artículo consiste en analizar el modo en que la Corte Constitucional, guardiana de la integridad y supremacía de la Constitución en los propios términos de la Carta, ha dado forma, o

---

1 “Dúctil. (Del lat. *ductilis*). 1. adj. Dicho de un metal: Que admite grandes deformaciones mecánicas en frío sin llegar a romperse. 2. adj. Dicho de un metal: Que mecánicamente se puede extender en alambres o hilos. 3. adj. maleable. 4. adj. Dicho de algún cuerpo no metálico: Fácilmente deformable. 5. adj. Acomodadizo, de blanda condición, condescendiente”. Real Academia Española, sitio web: *Real academia española*, disponible en: <http://buscon.rae.es> de [draef.de](http://draef.de) SrvltConsulta?TIPO\_BUS=3&LEMA=ductil, consulta: octubre 1 de 2011.

ha deformado, los principios constitucionales al momento de ejercer control sobre las leyes tributarias. Para estos efectos, en primer lugar, se analizarán aquellos casos en que la ductilidad de los principios ha permitido al juez constitucional reducir su alcance (I), y en segundo lugar, se analizarán aquellos otros en que la ductilidad de los principios constitucionales, por el contrario, ha favorecido la ampliación de su espectro (II).

## I. LA DUCTILIDAD COMO REDUCCIÓN DEL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### 1 LA EQUIDAD Y LA PROGRESIVIDAD

Los principios fundantes del sistema tributario introducidos en el ordenamiento jurídico colombiano por la Constitución Política en 1991, se predicen “del sistema tributario en su conjunto, y no de un impuesto específico” (Sentencia C-409 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero), esto es así en virtud del propio texto constitucional (artículo 363. El sistema tributario se funda en los principios de equidad, eficiencia y progresividad. Las leyes tributarias no se aplicarán con retroactividad), y no de una artificiosa interpretación de la Corte Constitucional. Lo cierto es que el juez constitucional se ha ceñido con apego a la literalidad de la disposición que contiene los referidos principios, razón por la cual hoy en Colombia existen impuestos que no satisfacen los mandatos de equidad y progresividad del artículo 363 superior. No obstante, el juez constitucional ha avalado la realización de un juicio de adecuación a dichos mandatos, de una disposición tributaria en particular, cuando la conservación de la norma “podría aportar al sistema una dosis de manifiesta inequidad, ineficiencia y regresividad” (Sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), con lo cual, solo aquellos tributos manifiestamente injustos, inequitativos y regresivos son susceptibles de ser excluidos del ordenamiento jurídico.

Por su manifiesta inequidad declaró la Corte Constitucional la inexecutable de la disposición que consagraba una exención del 50% del salario de los más altos funcionarios del Estado<sup>2</sup>, y en consecuencia quienes mayores ingresos devengan,

---

2 Entre los cuales se encontraban el Presidente de la República, los Ministros del Despacho, los Senadores, Representantes y Diputados, los Magistrados de la Rama Jurisdiccional del Poder Público y sus Fiscales, el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, el Registrador Nacional del Estado Civil, los Jefes de Departamento Administrativo, los Superintendentes, los Gobernadores y Secretarios Departamentales

y que terminaban acumulando las rentas específicas exentas, el 30% vigente en ese entonces para la generalidad de los empleados y la exención especial declarada inexecutable. La Corte Constitucional, en este caso, tomó nota atenta de la inequidad y regresividad que generaba una disposición que terminaba haciendo liquidar el impuesto a estos altos servidores sobre el 30% de sus ingresos laborales, al tiempo que un colombiano promedio debía liquidarlo sobre el 70% (Sentencia C-461 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

En los últimos años, la literatura económica ha hecho reiterada mención a la importancia del aumento de los impuestos indirectos en el sistema tributario colombiano (Nuñez Miñana, 1998, p. 166). El profesor Rosas Vega en uno de sus estudios afirmó que:

Si bien, como se ha sostenido, los impuestos directos conservan su importancia en la estructura, es un hecho que el proceso seguido durante la década de los noventa marca una tendencia clara a favor de los impuestos indirectos y, en especial, sobre el consumo, en la modalidad del IVA. Tal fenómeno se refuerza con las últimas modificaciones introducidas al sistema (2003, p. 64).

En ese mismo estudio, con el fin de corroborar la inclinación hacia la tributación indirecta, se hace expresa mención al “inconveniente” impuesto a las transacciones bancarias, el cual alcanzó en el año 2000 un monto equivalente al 0.67% del PIB, y puede estar hoy bordeando el 0.8% (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Informe de recaudo anual por tipo de impuestos. 2011), y al cual “pese a generar considerables ineficiencias en el sistema bancario, se le mantiene y tolera todo por el afán recaudatorio que prevalece en la administración” (Rosas Vega, 2003, p. 65). Por su parte, el Impuesto al Valor Agregado -IVA-, impuesto indirecto por excelencia, es el tributo que mayores ingresos le representa al Estado colombiano (Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales, Informe de recaudo anual por tipo de impuestos, 2011), por encima incluso del impuesto sobre la renta, el cual está plagado de exenciones que han terminado por minar su importancia fiscal<sup>3</sup>. Obli-

---

de Gobernaciones, los Contralores Departamentales, los Alcaldes y Secretarios de Alcaldías de ciudades capitales de Departamento.

3 Las exenciones adoptan la forma de ingresos no constitutivos de renta ni ganancia ocasional -como la prima en colocación de acciones si se contabiliza como superávit de capital no susceptible de distribuirse como dividendo, la distribución de utilidades por liquidación, las recompensas, las donaciones para partidos, movimientos y campañas políticas, entre otros-; gastos deducibles -por inversión en nuevas plantaciones, riego, pozos y silos, por inversiones en desarrollos científicos y tecnológicos, por inversiones amortizables en el sector petrolero, entre otros-; de rentas exentas -servicios hoteleros prestados en hoteles nuevos, remodelados o ampliados hasta el año 2017, nuevos contratos de arrendamiento financiero con opción de compra (*leasing*) de inmuebles construidos para vivienda, empresas editoriales, indemnizaciones por seguro de vida, entre otros-; de tarifas especiales -zonas francas y dividendos o participaciones recibidos por extranjeros

gada referencia debe hacerse a la exención tributaria según la cual en Colombia, como en la mayor parte del mundo, no constituyen renta ni ganancia ocasional las utilidades provenientes de la enajenación de acciones inscritas en una Bolsa de Valores colombiana<sup>4</sup>.

Solo perplejidad puede producir el hecho de que el sistema tributario colombiano, con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991, se haya vuelto cada vez más neutro y menos equitativo, pues se basa principalmente en tributos cuyas tarifas no se aplican de forma progresiva. Dado que no constituye el objeto del presente estudio ahondar en las razones de tan complejo fenómeno, solo se dirá que su telón de fondo es probablemente la cláusula del Estado Social de Derecho, tan cara para el Estado colombiano en las dos acepciones de la palabra; tan querida por su potencial garantizador de los derechos de las personas, y tan costosa para las finanzas públicas.

Así las cosas, la funcionalidad de los principios de equidad y progresividad como límites al legislador tributario, queda de inmediato minada por la realidad actual del sistema tributario. La existencia de impuestos indirectos implica automáticamente inequidad y neutralidad, puesto que este tipo de tributos no consulta el nivel de ingreso de los contribuyentes, sino que por el contrario, es de su naturaleza que “fatalmente el gravamen sea trasladado al consumidor” en términos de la propia Corte Constitucional (Sentencia C-094 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo). En este tipo de tributos, el simple hecho de adquirir un bien, “hace presumir una capacidad contributiva” (Sentencia C-238 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). De este modo, en el caso del IVA, un bien o servicio estará gravado con la misma tarifa para consumidores con niveles de ingreso diferentes<sup>5</sup>, de ahí que su carácter sea neutro y no progresivo (Sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa). El impacto social de este tipo de tributos es exponencialmente mayor en un país como Colombia, en el cual los distintos niveles de ingreso están separados por grandes abismos.

---

no residentes ni domiciliados en Colombia que reinviertan esas utilidades dentro del país, entre otros-; de descuentos tributarios -empresas nacionales de transporte internacional, reforestación, entre otros-.

- 4 Consagrada en el artículo 36-1 del Estatuto Tributario, el cual la condiciona su procedencia a que dichas acciones sean de un mismo “titular o un mismo beneficiario real, cuando dicha enajenación no supere el diez por ciento (10%) de las acciones en circulación de la respectiva sociedad, durante un mismo año gravable”.
- 5 “Desde la perspectiva técnica, la Corte ha reconocido que, en principio, el IVA no es susceptible de un diseño progresivo, sin que ello implique su inexistencia pues la progresividad se predica del “sistema tributario” y, sólo de ser posible, de los tributos considerados en cuanto a su significado dentro del sistema” (Sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

La Corte Constitucional, sin embargo, ha intentado armonizar el principio de equidad con los tributos indirectos como el IVA. Con este objetivo, el juez constitucional ha exigido al legislador tener en cuenta los supuestos fácticos que rodean la imposición de un tributo indirecto, con el fin de gravar solo a aquellos usuarios que están en capacidad de soportarlo. Con fundamento en esta tesis se declaró la constitucionalidad de las exenciones introducidas por el legislador, respecto de la prestación de algunos servicios como el de salud y el de transporte público (Sentencia C-094 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo), y se declaró la inconstitucionalidad de la ampliación de la base gravable del IVA para incluir en ella bienes considerados como de primera necesidad (Sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

La definición más simple del principio de equidad ha sido establecida por la Corte Constitucional en los siguientes términos: “quien tiene más, debe pagar más” (Sentencia C-556 de 1993, M.P. Jorge Arango Mejía.), sin embargo, ésta constituye tan solo su dimensión vertical, pues en su dimensión horizontal, la equidad exige que el nivel contributivo de aquellas personas cuyas situaciones fácticas son similares, debe ser el mismo (Sentencia C-250 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil)<sup>6</sup>. Dado que los impuestos indirectos contravienen la mencionada dimensión vertical, la Corte Constitucional ha impuesto al legislador algunas limitaciones tendientes a conciliar dichos impuestos con la equidad, las cuales, en todo caso, logran conjurar solo de forma parcial la reducción del alcance de la equidad en la doctrina constitucional. La primera de esas limitaciones consiste en la imposibilidad de gravar indiscriminadamente bienes y servicios sin consultar la situación fáctica en la que se encuentran los usuarios o consumidores. La segunda está dada por el necesario diseño técnico, justo y equitativo del tributo, dentro del marco del Estado Social de Derecho que exige al legislador prever las cargas que podrían afectar a los sectores más desfavorecidos de la sociedad (Sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

En cuanto a la progresividad se refiere, la jurisprudencia constitucional parece asignarle dos acepciones distintas, una que coincide con la equidad vertical (Sentencia C-419 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonnell)<sup>7</sup>, en cuanto exige que quien tiene

---

6 “Así, conforme a la equidad horizontal, aquellos contribuyentes que se hallen bajo una misma situación fáctica deben contribuir de manera equivalente, al paso la equidad vertical exige que quienes tienen mayor capacidad económica soporten en mayor medida la carga que se deriva del deber de contribuir” (Sentencia C-250 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil).

7 “Del principio de equidad vertical se deduce el de progresividad que nuestra Constitución recoge en el artículo 363, el cual se apoya en la capacidad de pago del contribuyente y permite otorgar un tratamiento diferencial en relación con los contribuyentes de mayor renta, de manera que progresivamente terminan aportando más

más contribuya en mayor medida (Sentencia C-335 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)<sup>8</sup>, y otra según la cual la progresividad “depende fundamentalmente de la proporcionalidad existente entre el beneficio recibido y la tarifa del impuesto” (Sentencia C-335 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo). En consonancia con el contenido fijado al principio de progresividad, la Corte Constitucional ha establecido que los impuestos indirectos no son susceptibles de ser analizados a la luz de su contenido, pues “por la conformación técnica de ese tributo indirecto y la necesidad de su administración eficiente, no es susceptible de ser creado y recaudado atendiendo el principio de la progresividad” (Sentencia C-597 de 2000, M.P. Álvaro Tafur Galvis). Esto quiere decir que si bien el sistema tributario colombiano debe fundarse en el principio de progresividad, de acuerdo con el mandato contenido en el artículo 363 superior, la imposibilidad técnica de controlar la progresividad de los tributos individualmente considerados, aunada a la proliferación de tributos indirectos, conducen indefectiblemente a concluir que hoy en Colombia el sistema tributario en su conjunto es prevalentemente neutro, por no decir regresivo.

La Corte Constitucional, sin embargo, ha intentado hacer un análisis sistémico del impacto que un impuesto indirecto como el IVA tiene en relación con la progresividad. Dicho análisis la ha llevado a concluir que la progresividad del sistema tributario está a salvo al menos por las siguientes razones<sup>9</sup>: 1) porque la adquisición de un bien o servicio gravado hace presumir la capacidad contributiva de quien lo consume, 2) porque quien más consume más aporta, 3) porque las personas gozan de libertad para adquirir o no bienes y servicios gravados, 4) porque la progresividad del sistema tributario también se concreta en la distribución de los beneficios que se obtienen en razón del gasto público financiado por el gravamen y 5) porque la diferenciación de tarifas dependiendo del tipo de bienes o servicios garantiza la progresividad en el pago del impuesto.

Con base en este razonamiento se declaró la constitucionalidad del establecimiento de tarifas diferenciales del IVA del 45% para bienes suntuarios -vehículos de lujo (Sentencia C-556 de 1993, M.P. Jorge Arango) y aerodinámicos de uso privativo (Sentencia C-335 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)<sup>1</sup> -, y se declaró la inexecutable de la disposición que ampliaba la base gravable del IVA a

---

ingresos al Estado por la mayor tributación a que están obligados”. (Sentencia C-419 de 1995, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

8 “También se realiza el principio de progresividad, en cuanto, de acuerdo con las normas atacadas, contribuye en mayor medida quien tiene mayores posibilidades económicas” (Sentencia C-335 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

9 Un análisis detallado de este razonamiento puede encontrarse en la Sentencia C-776 de 2003.

bienes de primera necesidad. En este último caso, una de las razones centrales de la decisión consistió en que “el gasto público social ha venido disminuyendo en los últimos años y el producido del IVA del 2% proveniente de la aplicación de la norma acusada habría de ser destinado a financiar el gasto en seguridad y defensa” (Sentencia C-776 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), lo cual, a juicio del juez constitucional resulta contrario al principio de progresividad.

Con fundamento en el mismo argumento, en sentido inverso, se declaró la exequibidad del impuesto de degüello, entre otras razones porque los recursos recaudados por este concepto servirían a las entidades territoriales para financiar proyectos prioritarios en beneficio de la comunidad (Sentencia C-080 de 1996, M.P. Fabio Morón Díaz), a pesar de que el importe del tributo con seguridad se trasladaría al precio de la carne, bien de primera necesidad. En el caso del impuesto de degüello, la constitucionalidad del tributo fue determinada por la Corte Constitucional con base en la destinación específica de las rentas -supuesta progresividad- y no con base en los elementos del tributo.

Así las cosas, se tiene que el potencial transformador de los principios de equidad y progresividad no ha desplegado su máxima capacidad. La necesidad de constatar vulneraciones manifiestas a dichos principios para que sea procedente la censura de una disposición tributaria individualmente considerada, reduce considerablemente su alcance. Esta reducción del alcance de los principios de equidad y progresividad contenidos en el artículo 363 superior, operada por la Corte constitucional, causa sorpresa cuando se la contrasta con la doctrina constitucional en temas que involucran generalmente la efectividad de los derechos fundamentales; como es el caso de la libertad de interrumpir voluntariamente el embarazo y la despenalización de la dosis mínima de droga, y la efectividad de derechos como el debido proceso y el libre desarrollo de la personalidad, por solo citar algunos casos.

## **2. EL TEST “DÉBIL” DE IGUALDAD**

La igualdad cuenta con una doble naturaleza constitucional, de principio según el preámbulo de la Carta y de derecho fundamental al tenor del artículo 13 superior. En las sentencias proferidas por la Corte Constitucional en materia tributaria, la igualdad ha sido definida, con algunas variaciones en ciertas sentencias, en los siguientes términos:

La igualdad exige el mismo trato para los entes y hechos que se encuentran cobijados bajo una misma hipótesis y una distinta regulación respecto de los que presentan características desiguales, bien por las condiciones en medio de las cuales actúan, ya por las circunstancias particulares que los afectan,

pues unas u otras hacen imperativo que, con base criterios proporcionados a aquellas, el Estado procure el equilibrio, cuyo sentido en Derecho no es otra cosa que la justicia concreta (Sentencia C-094 de 1993, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

No se trata de una definición ni construida ni adaptada especialmente al ámbito impositivo, por el contrario, se trata de una definición recurrente en la doctrina constitucional, con independencia de la materia objeto de estudio. La Corte Constitucional ha sido enfática al afirmar que la igualdad no responde a estándares matemáticos ni físicos, por lo cual dicho principio no implica un tratamiento igual para todas las personas y situaciones, por el contrario, la existencia de un fin razonable a la luz del Estado Social de Derecho justifica la adopción de medidas que consagren tratamientos diferenciales por parte del legislador (Sentencia C-103 de 1993, M.P. Fabio Morón Díaz).

La relación existente entre la igualdad y la equidad tributaria no es siempre fácil de desentrañar puesto que en su dimensión vertical la equidad se refiere, en los mismos términos que la igualdad, al igual trato que debe dársele a situaciones idénticas y al trato diferenciado que debe dársele a situaciones disímiles (Sentencia C-335 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo)<sup>10</sup>. Sin embargo, con fundamento en el estado actual de la doctrina constitucional, puede afirmarse que la equidad tributaria es uno de los corolarios de la igualdad, como medio para alcanzar la justicia material en el Estado Social de Derecho instaurado por la Constitución de 1991. La Corte Constitucional ha desarrollado otros corolarios de la igualdad en materia tributaria, siendo uno de (Sentencia C-1060A de 2001, Conjuez P. Lucy Cruz de Quiñones)<sup>11</sup>.

En su búsqueda de objetividad al momento de determinar la conformidad o in-conformidad de las leyes con la igualdad<sup>12</sup>, la Corte Constitucional ha diseñado un test, también denominado juicio, cuya estructura fue sintetizada en la sentencia C-748 de 2009 como sigue:

---

10 “Por ello, los mandatos legales que se impugnan, lejos de desobedecer al principio de equidad, le dan cabal realización en cuanto parten de supuestos que exigen trato especial, diferente a aquel previsto por regla general para las situaciones del común” (Sentencia C-335 de 1994, M.P. José Gregorio Hernández Galindo).

11 “Así como la universalidad del impuesto es la primera condición para realizar la igualdad en la imposición, la generalidad y homogeneidad en la configuración de las exenciones y beneficios garantiza la existencia de un sistema tributario justo, desprovisto de privilegios y fueros” (Sentencia C-1060A de 2001, Conjuez P. Lucy Cruz de Quiñones).

12 “Con el fin de analizar si una norma trasgrede el principio de igualdad, la Corte Constitucional ha diseñado un test o juicio de igualdad, cuya importancia radica en que otorga objetividad y transparencia a los exámenes de igualdad que realizan los jueces sobre las normas”. (Sentencia C-748 de 2009, Conjuez P. Rodrigo Escobar Gil).

La estructura analítica básica del juicio de igualdad puede reseñarse de la siguiente forma: (i) Lo primero que debe advertir el juez constitucional es si, en relación con un criterio de comparación, o *tertium comparationis*, las situaciones de los sujetos bajo revisión son similares. En caso de que encuentre que son claramente distintas, no procede el test de igualdad; (ii) Si resulta procedente el juicio de igualdad, deberá analizarse la razonabilidad, proporcionalidad, adecuación e idoneidad del trato diferenciado que consagra la norma censurada, destacando los fines perseguidos por el trato disímil, los medios empleados para alcanzarlos y la relación entre medios y fines.

La ductilidad de la igualdad, en su condición de principio y derecho fundamental, ha permitido a la Corte Constitucional diversificar la intensidad con la que debe aplicarse el test, en atención al grado de potestad de configuración normativa de la cual goce el legislador. En efecto, en algunos casos, según el juez constitucional, procede la aplicación de un test de igualdad estricto, mientras que en otros debe aplicarse uno débil, y en un punto que se ubica entre el primer caso y el segundo, es necesario aplicar un test intermedio de igualdad. La Corte Constitucional ha sintetizado las causales de procedencia de cada tipo de test, como sigue:

Frente a las diferenciaciones basadas en categorías históricamente ligadas a prácticas discriminatorias, o donde la Carta consagra cláusulas específicas de igualdad, o que afectan negativamente a minorías, o que restringen derechos fundamentales, se considera que los jueces constitucionales deben aplicar un juicio de igualdad estricto. Conforme a ese “test” de igualdad fuerte, sólo se podrían considerar admisibles aquellas clasificaciones que sean necesarias para alcanzar objetivos imperiosos para la sociedad y para el Estado. En cambio, en otros eventos, por ejemplo cuando el Estado regula la actividad económica, el juicio de igualdad debe ser débil, y por ende, son legítimas todas aquellas clasificaciones que puedan ser simplemente adecuadas para alcanzar una finalidad permitida, esto es, no prohibida por el ordenamiento constitucional. Finalmente, también se considera que en ciertos campos -como los relativos a las acciones afirmativas- son procedentes las pruebas intermedias del respeto a la igualdad por las autoridades, en virtud de las cuales es legítimo aquel trato diferente que está ligado de manera sustantiva con la obtención de una finalidad constitucionalmente importante (Sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

Al graduar la intensidad del test de igualdad, la Corte Constitucional no hizo otra cosa que zanjar la problemática determinación del alcance del control constitucional que ejerce sobre las disposiciones legales que consagran tratamientos diferenciales. Así, estando de por medio la democracia, concretamente el principio de representación, la Corte Constitucional se vio compelida a determinar qué tipo de control ejerce sobre las decisiones mayoritarias adoptadas por el Congreso de la República, en su calidad de máximo órgano de representación popular, cuando

estas últimas implican restricciones a la igualdad; ya sea porque consagran tratos diferentes para situaciones en principio iguales, o porque establecen el mismo trato para situaciones distintas.

En efecto, para determinar la intensidad del control, la Corte Constitucional tomó en consideración que la generalización de la aplicación de un juicio de igualdad estricto “corre el riesgo de limitar excesivamente la capacidad de acción de las autoridades y la libertad política del Legislador, pues resulta poco probable que las numerosas clasificaciones efectuadas por las diversas leyes sean siempre estrictamente necesarias”, por su parte, una aplicación generalizada del juicio débil, “puede hacer perder toda eficacia jurídica al principio de igualdad, que es una norma y un derecho fundamental de aplicación inmediata” (Sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero). En consecuencia, al graduar la intensidad del test de igualdad, el juez constitucional estableció un orden de precedencia entre los principios de igualdad y de democracia, que variará según la disposición a controlar en cada caso.

De acuerdo con ese orden de precedencia, al aplicar por regla general el test débil en materia tributaria, la Corte Constitucional ha dado prioridad al principio de representación popular, y por consiguiente de autonomía legislativa<sup>13</sup>, sobre la igualdad, por considerar que no es lo mismo enjuiciar una disposición que establece clasificaciones y tratos diferenciales entre bienes y servicios, con fines estrictamente económicos o tributarios, que enjuiciar una que consagra tratamientos diferenciales con base en criterios raciales, familiares o de género, o que implica la limitación de derechos fundamentales, o que desconoce cláusulas específicas de igualdad. El último fragmento transcrito *supra*, tomado de la sentencia C-445 de 1995, pone en evidencia que la variación que sufre el test de igualdad en sus modalidades de fuerte, débil o intermedio, consiste en que en cada uno de ellos son distintas las finalidades perseguidas por el legislador, que se consideran suficientes para justificar una medida restrictiva de la igualdad. Así las cosas, las diferencias de trato que establecen las disposiciones jurídicas que crean, modifican o extinguen tributos, al ser por regla general objeto del test débil de igualdad, serán constitucionales a condición de que sean adecuadas para perseguir una finalidad no prohibida por el ordenamiento jurídico constitucional.

---

13 El principio de “autonomía legislativa” es un término acuñado por la Corte Constitucional, en materia tributaria, a fin de designar la competencia del legislador para crear, modificar y extinguir tributos, y determinar los respectivos sistemas de administración y recaudo. Sobre el particular ver la sentencia de la Corte Constitucional C-172 de 2001.

La búsqueda de un determinado efecto sobre la economía colombiana ha sido con frecuencia considerada por la Corte Constitucional como una finalidad constitucionalmente admisible, o no prohibida, y en consecuencia, idónea para justificar el establecimiento de tratos diferenciales. Cuando hubo de determinar si se ajustaba a la Constitución la limitación de la deducibilidad de los costos en los que se incurre en el exterior con el fin de obtener rentas dentro del país, el juez constitucional consideró que la medida constituía un medio adecuado para alcanzar un fin constitucionalmente admisible; evitar la evasión y favorecer la producción nacional, a pesar de que establecía un trato diferenciado entre los costos en los que se incurren dentro y fuera del país (Sentencia C-409 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero). En el mismo sentido, con ocasión del juicio de igualdad de la diferencia de trato que establece el artículo 121 del Estatuto Tributario entre los pagos a comisionistas en el exterior por la compra o venta de mercancías y aquellos efectuados a comisionistas en el exterior por la compra o venta de servicios, no siendo requisito para la deducibilidad del gasto el haber efectuado la retención en la fuente sino en el segundo caso, afirmó la Corte Constitucional que la disposición persigue un fin constitucionalmente valioso, en tanto “se desestimula la importación de servicios, se promueve la producción del conocimiento nacional y se fomenta su compra o venta al interior del país” (Sentencia C-153 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño).

Como resultado de la aplicación del test débil de igualdad, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de las disposiciones que establecen términos diferentes para la configuración de la caducidad de la solicitud de compensación y reclamación de saldos a favor por parte de los particulares, por un lado, y para la prescripción de la acción de cobro de las obligaciones tributarias de la cual es titular la administración, por el otro. De acuerdo con el razonamiento del juez constitucional, “el Estado ejerce su acción de cobro para obtener recursos para satisfacer necesidades de interés general, mientras que el particular está reclamando en función de un interés patrimonial particular” (Sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero), por lo cual, la medida es adecuada para alcanzar un fin de interés general previsto por la Constitución, cual es recaudar los tributos necesarios para el funcionamiento de los poderes públicos.

En otra ocasión, dijo la Corte Constitucional que la renta presuntiva<sup>14</sup> no vulnera de ningún modo el principio de igualdad, pues a pesar de que en virtud de dicha presunción se le da el mismo tratamiento a situaciones diversas; al presumir igual

---

14 La renta presuntiva es una presunción legal establecida por el legislador, de acuerdo con la cual el patrimonio de los contribuyentes produce cierto nivel de rentabilidad mínimo, con base en el cual se termina calculando la base gravable del impuesto sobre la renta en los casos previstos por la ley.

rentabilidad sin consideración al nivel de endeudamiento de cada contribuyente, el fin perseguido; hacer efectiva la función social reconocida a la propiedad, es constitucionalmente admisible (Sentencia C-238 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). Esta vez, afirmó el juez constitucional que se asemejan a la renta presuntiva tanto los impuestos indirectos, en particular el IVA, como el impuesto sobre la renta que grava las rentas de trabajo. Esto por cuanto en los tres casos se presume la capacidad contributiva, siendo el hecho indicador en la renta presuntiva el patrimonio, en el IVA el consumo, y en las rentas de trabajo la obtención de un salario. En ninguno de los referidos casos es dado al contribuyente desvirtuar la presunción de su capacidad contributiva -la cual varía según la situación particular de cada propietario, de cada comprador de bienes y servicios o de cada trabajador asalariado- por consiguiente, puede afirmarse que a situaciones disímiles se les da el mismo tratamiento impositivo, lo cual, en principio, resulta contrario a la igualdad. Sin embargo, además de avalar la constitucionalidad de este trato igualitario a situaciones disímiles, dijo la Corte Constitucional que cuando la capacidad contributiva no puede presumirse, como es el caso de los bienes de primera necesidad, o de los salarios muy bajos, el legislador sabiamente ha excluido el respectivo gravamen, salvaguardando la integridad del principio de igualdad, y a la postre, de equidad tributaria.

Debe, por último, decirse que el control constitucional de las disposiciones legales tributarias no siempre ha coincidido con la aplicación del denominado test débil de igualdad. En materia tributaria, la Corte Constitucional ha aplicado el test intermedio, cuando se han configurado las condiciones para su procedencia. En la sentencia C-183 de 1998, consideró el juez constitucional que:

[...] la afectación de la igualdad traspasa el umbral de la normalidad cuando dicha subvención, exoneración o beneficio se niega a un contribuyente que se encuentra en la misma situación formal que la de los destinatarios de la norma favorable.

Así, en atención a que la disposición objeto de control excluía del pago del IVA a las sociedades comisionistas de bolsa, exceptuando de dicho beneficio fiscal a las sociedades fiduciarias, consideró el juez constitucional que existía un “indicio de inequidad”, por lo cual debía aplicar un test de intensidad intermedia, y así lo hizo (Sentencia C-183 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz)<sup>15</sup>. En primer lugar, la Corte Constitucional se dio a la tarea de determinar si las operaciones llevadas a

---

15 “No se apela al test fuerte, puesto que la irrazonabilidad o desproporcionalidad del trato no es manifiesta, sino que figura a nivel de mero indicio. De hecho, se trata de dos entidades distintas que mantienen una semejanza operacional parcial y, por otra parte, de entrada no puede descartarse que el régimen distinto pueda sustentarse en una explicación plausible” (Sentencia C-183 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

cabo por las sociedades comisionistas de bolsa eran semejantes a las que realizan las sociedades fiduciarias, concluyendo que tres de ellas<sup>16</sup> se realizan en idénticas condiciones, y, sin embargo, estaban siendo gravadas con IVA o no, dependiendo de la naturaleza de la sociedad que las realizara (Sentencia C-183 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En segundo lugar, afirmó la Corte Constitucional que no solo no se desvirtuó el “indicio de inequidad” de la disposición acusada, sino que se pudo establecer que la misma tenía un efecto de distorsión del mercado -en virtud de que generaba una diferencia en el costo y en el precio de los servicios-, con lo cual se vulneraba arbitrariamente la libre competencia. En consecuencia, se declaró la exequibilidad condicionada de la disposición que consagra el beneficio fiscal, haciéndola extensiva a las actividades -enumeradas por la sentencia- que según la Corte Constitucional pudo establecer, realizan las sociedades fiduciarias en iguales condiciones que las sociedades comisionistas de bolsa

### 3. LA MALA FE TRIBUTARIA

La Constitución Política en su artículo 83 establece que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. La Corte Constitucional ha establecido que “la buena fe ha sido, desde tiempos inmemoriales, uno de los principios fundamentales del derecho” (Sentencia C-544 de 1994, M.P. Jorge Arango Mejía), y fue con base en esta última que declaró en su momento la inexecutable parcial del artículo 1852 del Código Civil que sancionaba con la nulidad el contrato de venta entre cónyuges no divorciados (Sentencia C-068 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra), en virtud de la presunción de la mala fe subyacente a dicha disposición.

Sin embargo, para sorpresa del lector, en materia tributaria sí es posible presumir la mala fe. Existe doctrina constitucional reiterada sobre el particular, cuyos inicios se remontan a la sentencia C-690 de 1996, en la cual se afirmó que “ante la evidencia del incumplimiento del deber de presentar la declaración tributaria, la administración ya tiene la prueba que hace razonable presumir la culpabilidad del contribuyente”. Esta tesis ha sido reiterada en distintas sentencias de constitucionalidad, en las cuales se hizo una aplicación restringida del principio de buena fe, y se terminó declarando la exequibilidad de disposiciones legales que presumen la mala fe del contribuyente.

---

16 “[...] (1) los servicios de asesoría financiera; (2) los servicios de administración de valores; y, (3) la fiducia mercantil -sin utilización de fondos comunes- para estructurar procesos de titularización de activos” (Sentencia C-183 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Así sucedió con la disposición según la cual cuando no es procedente la corrección solicitada, el contribuyente será objeto de una sanción equivalente al 20% del pretendido menor valor a pagar o del mayor saldo a favor (Sentencia C-005 de 1998, M.P. Jorge Arango Mejía). De igual modo declaró la Corte Constitucional la exequibilidad condicionada de la disposición que establece sanciones para las personas y entidades que suministren información tributaria errónea, “en el entendido de que el error o la información que no fue suministrada, genere daño, y que la sanción sea proporcional al daño producido” (Sentencia C-160 de 1998, M.P. (E). Carmenza Isaza de Gómez), con lo cual se operó un desplazamiento de la carga de la prueba a favor del Estado, quien queda exonerado de probar el dolo o la culpa del contribuyente.

En los casos referidos, la Corte Constitucional adujo que el principio de buena fe no es de carácter absoluto en materia tributaria, sin embargo, el fundamento de este novedoso principio, que puede denominarse de mala fe tributaria, es difícil de desentrañar. Dicho fundamento se encuentra contenido en la ya referida sentencia C-690 de 1996, fuente última de todas las sentencias de constitucionalidad posteriores que han involucrado la aplicación del principio en comento. En esa sentencia se dijo, básicamente, que resulta apenas razonable presumir, de la no presentación de una declaración tributaria, la culpabilidad del responsable de dicha obligación formal. En sentencia posterior, precisó el juez constitucional que la función administrativa tributaria requiere de la colaboración de todos los asociados (Sentencia C-844 de 1999, M.P. Fabio Morón Díaz). En ese orden de ideas, es posible formular una hipótesis, y es que en la base de la interpretación reductora que la Corte Constitucional ha operado del principio de buena fe, reposa el principio de eficiencia tributaria contenido en el artículo 363 superior.

Confirma esta tesis el análisis contenido en la sentencia C-245 de 2006. En dicha sentencia, con base en la eficiencia que genera la disposición contenida en el artículo 90 del Estatuto Tributario fue declarada su constitucionalidad, en el entendido de que “la norma busca evitar que los contribuyentes enajenen sus bienes raíces por valores inferiores al costo, al avalúo catastral o al autoavalúo, pues en la mayoría de los casos los valores o precios de enajenación son superiores a estos” (Sentencia C-245 de 2006, M.P. Alfredo Beltrán Sierra). A pesar de que la Corte Constitucional no lo hizo explícito, solo la eficiencia explica la decisión de avalar la constitucionalidad de una norma que establece un precio mínimo para la enajenación de bienes inmuebles, presumiendo la mala fe de aquellos contribuyentes que en ejercicio de la libre autonomía de la voluntad fijan un precio inferior.

Con independencia del juicio de valor que sobre el principio de mala fe tributaria pueda emitirse, la consecuencia que del mismo se sigue consiste en que en materia impositiva,

el legislador puede legítimamente presumir que el contribuyente no se condujo con lealtad, probidad y que su proceder no fue recto (Sentencia C-068 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra)<sup>17</sup>. Muy por el contrario, puede válidamente el legislador tributario trasladar al contribuyente, hasta ahora nunca a la administración tributaria, la carga de la prueba de su buena fe, con lo cual la órbita de la autonomía legislativa se amplía de forma nada despreciable.

## II. LA DUCTILIDAD COMO AMPLIACIÓN DEL ALCANCE DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

### 1. LA EFICIENCIA

A estas alturas, parece que el principio fundante del sistema tributario que con mejor suerte ha corrido es el principio de eficiencia. En efecto, la eficiencia ha sido privilegiada tanto por el legislador como por la Corte Constitucional, quien la ha descompuesto a su vez en dos subprincipios; por un lado en el subprincipio de la economía de los tributos, según el cual el Estado debe recaudar los impuestos con el menor costo administrativo posible, y por otro lado, en el subprincipio de la comodidad, según el cual toda contribución debe ser recaudada en la época y forma que más convenga al contribuyente. Se ha incluido además, dentro de este principio, el necesario control de la evasión y la elusión tributarias, “puesto que de poco sirve promulgar leyes tributarias si se permite que los contribuyentes desconozcan sus obligaciones fiscales”(Sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero).

El legislador ha conocido pocos límites en sede del control constitucional, a la hora de materializar la eficiencia tributaria, en particular aquella referida al recaudo. Es con base en este principio que se ha avalado la constitucionalidad de los mecanismos de recaudo anticipado del tributo, concretamente de la retención en la fuente, pues los agentes recaudadores perciben grandes cantidades de dinero con poco esfuerzo administrativo para el Estado y para los propios particulares (Sentencia C-445 de 1995, M.P. Alejandro Martínez Caballero). Igualmente acorde con la Constitución fue declarada la renta presuntiva, a la cual ya se ha hecho referencia, como mecanismo

---

17 “[...] es claro entonces que el comportamiento de los particulares en sus relaciones jurídicas, conforme a la Constitución se presume que se realiza con observancia plena de la lealtad, probidad y recto proceder que, además, con legítimo derecho espera cada uno que procedan los demás” (Sentencia C-068 de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra).

idóneo para contrarrestar la evasión y la elusión tributarias (Sentencia C-238 de 1997, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa). También se declaró exequible la devolución de dos puntos del IVA a aquellos contribuyentes que adquieran bienes o servicios mediante tarjetas de crédito o débito, por considerar el juez constitucional que el fin perseguido de incentivar el uso de dinero plástico está amparado por el principio de eficiencia, en cuanto este tipo de transacciones dejan un registro que permite controlar el efectivo recaudo del IVA, lo que no sucede con las transacciones que se realizan en efectivo (Sentencia C-989 de 2004, M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

La base gravable como elemento esencial del tributo, ha sido con frecuencia objeto de juicios de constitucionalidad con ocasión de la limitación de la posibilidad de descontar los costos y gastos en los que incurre el contribuyente, a efectos de determinar el impuesto sobre la renta. También en este ámbito ha reivindicado la Corte Constitucional la búsqueda de la eficiencia por parte del legislador, afirmando con contundencia que la imposición de límites máximos a los costos y deducciones “no implica *per se* la configuración de un impuesto confiscatorio” (Sentencia C-409 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero), sino que por el contrario, encuentra su justificación en el principio de eficiencia tributaria, en tanto busca evitar conductas elusivas y, en algunos casos, evasivas del tributo, al tiempo que pueden estar involucradas medidas de intervención económica. Tal fue el caso de la disposición que limita la deducción de los costos y gastos en que el contribuyente ha incurrido en el exterior para producir rentas de fuente nacional referida *supra*, cuya constitucionalidad fue avalada en la sentencia C-409 de 1996.

Sin embargo, cabe anotar que la búsqueda desmedida de eficiencia por parte del legislador ha sido censurada por la Corte Constitucional, quien insistentemente ha proscrito la concesión de amnistías tributarias que si bien logran un recaudo parcial del tributo, erosionan la justicia y la equidad, desincentivando a la postre a aquellos contribuyentes cumplidores de la ley (Sentencia C-1115 de 2011, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra)<sup>18</sup>. Resulta emblemática la sentencia C-1714 de 2000

---

18 Así, en sentencia C-1115 de 2001 en la cual se decidió la demanda de inconstitucionalidad del artículo 100 de la ley 633 de 2000, que consagraba una disminución en el pago de los intereses moratorios a quienes pagaran las deudas que tenían pendientes durante el primer trimestre de 2001, la Corte Constitucional declaró la inexecutable de la norma aduciendo que “[...] la amnistía de intereses es de suyo discriminatoria en cuanto el principio de igualdad impone dar un trato igual a los iguales y desigual a los desiguales. De esta manera las normas que deciden exonerar del pago de intereses de mora a los deudores incumplidos, aunque propiamente no irrojan ningún perjuicio a los contribuyentes que pagaron puntualmente, confieren un beneficio injustificado a los deudores morosos. Este mismo beneficio, u otro equivalente, no es reconocido a los contribuyentes cumplidos, por lo cual se rompe el principio de igualdad...” (Sentencia C-1115 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra). De igual forma se pronunció en la sentencia C-511 de 1996 frente a la exoneración que traía la ley 223 de 1995 en su artículo 238, de los intereses de mora y de la actualización de la deuda, en beneficio de los contribuyentes que cancelaran las sumas debidas a más tardar el 31 de marzo

por medio de la cual se declaró inexecutable el artículo 540 del Estatuto Tributario que ordenaba no tener como prueba ningún documento, mientras no se hubiera pagado el importe del impuesto de timbre, disposición considerada por la Corte Constitucional como contraria al derecho de defensa, corolario del derecho fundamental al debido proceso.

## 2. LA FAVORABILIDAD TRIBUTARIA

El artículo 363 de la Constitución Política proscribió expresamente la aplicación retroactiva de las leyes tributarias, al tiempo que el artículo 338 de la Carta estableció que:

Las leyes, ordenanzas o acuerdos que regulen contribuciones en las que la base sea el resultado de hechos ocurridos durante un período determinado, no pueden aplicarse sino a partir del período que comience después de iniciar la vigencia de la respectiva ley, ordenanza o acuerdo.

De acuerdo con esto, el constituyente de 1991 reforzó la prohibición general de proferir leyes tributarias retroactivas, con la proscripción de la producción de efectos jurídicos de dichas leyes, respecto de hechos ocurridos durante el período en curso al momento de su expedición. Sin embargo, la Corte Constitucional, desde sus primeras sentencias, adicionó la definición del principio de irretroactividad de la ley tributaria con el principio de favorabilidad, a pesar de que la literalidad del texto constitucional no lo previó de este modo:

La esencia del principio de irretroactividad de la ley tributaria es la imposibilidad de señalar consecuencias jurídicas a actos, hechos o situaciones jurídicas que ya están formalizados jurídicamente, salvo que se prescriba un efecto más perfecto tanto para el sujeto de derecho, como para el bien común, de manera concurrente, caso en el cual la retroactividad tiene un principio de razón suficiente para operar. Pues lo imperfecto siempre se sujeta a lo más perfecto, dada la naturaleza perfectible de la legalidad (Sentencia C-549 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa)<sup>1</sup>.

---

de 1996. En esa ocasión afirmó la Corte Constitucional que "...No obstante las medidas mencionadas sean eficaces e idóneas en relación con la finalidad pretendida, son claramente desproporcionadas. [...] Si el término de comparación viene dado por la condición de moroso de un contribuyente, a todas luces resulta desproporcionado conceder al moroso el beneficio de pagar al fisco -para solucionar la obligación tributaria- sólo una fracción de lo que efectivamente pagó el contribuyente puntual que satisfizo integralmente su cuota de colaboración establecida por la ley" (Sentencia C-511 de 1996, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz).

Recientemente, la Corte Constitucional, dando estricto cumplimiento al mandato constitucional de irretroactividad de la ley tributaria, declaró la exequibilidad condicionada de una disposición contenida en la ley 1430 de 2010, por medio de la cual el legislador intentó regular la forma en qué quienes hubieran creado sociedades por acciones simplificadas -S.A.S.- o hubieran efectuado procesos de escisión durante el año gravable 2010, debían calcular su impuesto sobre el patrimonio. La disposición buscaba conjurar los nefastos efectos que tuvo sobre el recaudo, el diseño e implementación de estrategias tributarias tendientes a fraccionar el patrimonio de los contribuyentes -mediante la escisión de sociedades y la creación de S.A.S.- con el fin de que éstos no alcanzaran los topes establecidos para el pago del tributo, situación de común ocurrencia durante el 2010, puesto que el impuesto al patrimonio se causó por la posesión de riqueza a 1 de enero de 2011. Dado que la ley 1430 fue publicada el 29 de diciembre de 2010, la conclusión a la que llegó el juez constitucional es que la misma pretendió incidir sobre hechos o situaciones configurados antes de la fecha de su entrada en vigor, al intentar “cambiar, en perjuicio del contribuyente, las consecuencias fiscales de los actos de escisión o de creación de sociedades por acciones simplificadas” (Sentencia C-635 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio), efectuados durante el período inmediatamente anterior a la entrada en vigencia de la ley.

Sin embargo, el apego del juez constitucional al mandato superior de irretroactividad de las leyes tributarias no ha sido óbice para la flexibilización de su alcance, en beneficio de la garantía de los derechos de los contribuyentes. El principio de favorabilidad constituye uno de los corolarios del derecho fundamental al debido proceso consagrado por la Constitución Política en su artículo 29, al igual que un principio que beneficia al trabajador en toda relación laboral, al tenor del artículo 53 superior. Sin embargo, en materia tributaria dicho principio no solamente carece de consagración positiva, sino que en estricto sentido es incompatible con el principio de irretroactividad de la ley tributaria, razón suficiente para que la preeminencia establecida por la Corte Constitucional respecto de la favorabilidad resulte sorprendente.

Una de las primeras aplicaciones de esta revolucionaria interpretación se hizo en la sentencia C-527 de 1996, en la cual se admitió que los contribuyentes del impuesto sobre la renta se descontaran, a partir de la vigencia de la ley en cuestión, el 60% de las donaciones que hubieran efectuado durante el año gravable. Si se tiene en cuenta que la disposición demandada fue publicada el 22 de diciembre de 1995, la Corte Constitucional no hizo otra cosa que autorizar la deducción, en relación con las donaciones que se efectuaron entre el 22 y el 31 de diciembre del año referido, con lo cual se permitió la aplicación de una ley tributaria dentro del período en curso al momento de entrar en vigencia, y no a partir del período siguiente,

en abierta oposición a la literalidad del artículo 338 superior. Sin acudir a grandes elucubraciones teóricas, la Corte Constitucional se limitó a establecer que “si una norma beneficia al contribuyente, evitando que se aumenten sus cargas, en forma general, por razones de justicia y equidad, sí puede aplicarse en el mismo período sin quebrantar el artículo 338 de la Constitución” (Sentencia C-527 de 1996, M.P. Jorge Arango Mejía).

Igual solución fue adoptada en sentencia C-185 de 1997, por medio de la cual se autorizó la aplicación inmediata de una derogatoria, es decir, dentro del período fiscal en curso al momento de entrar en vigencia la ley. Según el juez constitucional, las derogaciones tributarias, cuando benefician al contribuyente, tienen efecto general inmediato a menos que el legislador establezca expresamente lo contrario. En esta última sentencia, sin embargo, el juez fue más lejos en la fundamentación del entonces recién creado principio de favorabilidad tributaria. En esa ocasión afirmó la Corte Constitucional que los mandatos contenidos en los artículos 338 y 363 de la Constitución Política consagran garantías en beneficio de los contribuyentes, con el fin de protegerlos del poder impositivo del Estado, evitando que este último pueda establecer efectos jurídicos hacia el pasado, y en ese sentido la única interpretación y aplicación que de las mismas puede hacerse es aquella que les sea favorable.

El que se podría denominar principio de favorabilidad tributaria ha alcanzado un estadio de desarrollo tal que parece haberse incorporado al artículo 338 superior. En efecto, la doctrina constitucional que se refiere a este punto, no solo ha sido depurada, sino que ha adquirido estabilidad en el tiempo (Sentencia C-006 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell)<sup>19</sup> y cuenta hoy con un fundamento jurídico bastante sólido. La Corte Constitucional se ha ocupado de precisar que la protección de la favorabilidad en materia tributaria mediante la aplicación de leyes tributarias dentro del período fiscal en que éstas se promulgan, constituye un fenómeno de retrospectividad y no de retroactividad, puesto que, tratándose de impuestos de período, los hechos económicos no se encuentran consolidados, con lo cual “se deja a salvo la prohibición de aplicación retroactiva de la ley tributaria contenida en el artículo 363 Superior” (Sentencia C-430 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

Sin embargo, debe precisarse que frente a los tributos de aplicación instantánea, es decir, “aquellos que no son el resultado de la suma de hechos económicos surtidos dentro de un período determinado, sino que se causan y pagan de manera

---

19 “[...] las normas que derogan tributos o establecen medidas que eximen o disminuyen de tales obligaciones a los contribuyentes, tienen efecto general inmediato y principian a aplicarse a partir de la promulgación de la norma que las establece [...]” (Sentencia C-006 de 1998, M.P. Antonio Barrera Carbonell).

instantánea”(Sentencia C-430 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.), la Corte Constitucional ha restringido la aplicación del principio de favorabilidad, por considerar que en este caso se está ante situaciones jurídicas consolidadas que no pueden ser modificadas por una norma posterior. Con fundamento en este razonamiento, la Corte Constitucional declaró inexecutable una disposición que modificaba retroactivamente el porcentaje de cotización sobre la mesada pensional pagado por los pensionados (Sentencia C-430 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez)<sup>20</sup>.

### 3. LAS SITUACIONES JURÍDICAS CONSOLIDADAS

Desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional se ocupó igualmente de determinar el grado de protección debido a las situaciones jurídicas consolidadas en el pasado, frente a la expedición de nuevas disposiciones, y terminó por hacer extensivo al campo tributario el ámbito de aplicación de la disposición constitucional que protege los “derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores”, contenida en el artículo 58 superior. En este sentido, afirmó la Corte Constitucional que:

[...] el principio de irretroactividad no riñe con la necesidad de mutaciones normativas, que impiden la petrificación de un orden jurídico que ha de ser dinámico, y que en materia tributaria debe amoldarse a las exigencias de la equidad tributaria, en el sentido de ajustar a las condiciones y circunstancias actuales tanto el valor de las deudas, como otros factores determinables por la realidad fiscal del momento, sin que esto implique el desconocimiento de situaciones jurídicas definidas de acuerdo con la ley, ni la vulneración de los derechos adquiridos (Sentencia C-549 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa).

La doctrina constitucional ha sostenido en repetidas ocasiones que la noción de derecho adquirido no tiene la misma connotación en Derecho Público que en Derecho Privado, pues la propia dinámica del primero obliga a aceptar que el legislador pueda modificar en el futuro situaciones jurídicas por él creadas en el pasado. La jurisprudencia constitucional ha sintetizado esta tesis mediante la afirmación de que

---

20 “En esos términos, si la contribución parafiscal al Sistema de Seguridad Social en Salud es calificada como de causación inmediata, esto significa que el porcentaje de 12.5% de cotización sobre la mesada pensional pagado por los pensionados entre los meses de enero y noviembre de 2008, bajo la vigencia de la Ley 1122 de 2007, fue aplicado mes a mes al Sistema de Seguridad Social en Salud. Es decir, fue usado para financiar la “Unidad de Pago por Capitación -UPC-” y parte de la “Unidad de Pago por Capitación UPS-S” de un número determinable de beneficiarios del Sistema en aplicación del principio de solidaridad previsto en el artículo 48 Superior, lo cual revela la existencia de una incuestionable situación jurídica consolidada en los términos del artículo 58 Constitucional, cuya preservación es el fin último del artículo 363 de la Constitución Política” (Sentencia C-430 de 2009, M.P. Juan Carlos Henao Pérez).

las situaciones jurídicas “que nacen del derecho público son susceptibles de modificaciones en el futuro y aún de ser extinguidas por obra de la voluntad legislativa, en aras del interés supremo de la colectividad y de sus necesidades inmanentes de progreso y de equilibrio social” (Sentencia C-393 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz.). Dicho planteamiento resulta apenas acorde con la necesidad institucional de que el legislador del futuro no quede atado a las decisiones del legislador del pasado, con el fin de que pueda ejercer la soberanía fiscal de la cual es titular, en aras de satisfacer el interés general y adaptar el ordenamiento jurídico a las nuevas realidades. Por solo mencionar un caso, como consecuencia de la inexistencia de derechos adquiridos en materia tributaria, la Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la disposición por medio de la cual se derogó la exención de retención en la fuente e impuesto sobre la renta, del 100% del factor prestacional del salario integral (Sentencia C-393 de 1996, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

Sin embargo, si bien no puede hablarse de derechos adquiridos en materia tributaria, la jurisprudencia constitucional protege lo que ha denominado “situaciones jurídicas consolidadas”, las cuales gozan de protección constitucional, con fundamento en los principios de buena fe y confianza legítima, y son aquellas surgidas de los efectos producidos por una ley tributaria en el pasado. En el intento de delimitación de lo que configura una situación jurídica consolidada, la Corte Constitucional ha afirmado que:

[...] una vez que el legislador ha establecido unas condiciones bajo las cuales los contribuyentes realizan una inversión, hacen una operación, se acogen a unos beneficios, etc., éstas no pueden ser modificadas posteriormente en detrimento de sus intereses, porque la conducta del contribuyente se adecuó a lo previsto en la norma vigente al momento de realizarse el acto correspondiente y de acuerdo con las exigencias por ella previstas (Sentencia C-604 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

En aplicación de su doctrina protectora de las situaciones jurídicas consolidadas, la Corte Constitucional decidió mantener intactas una serie de exenciones que el legislador había establecido como vigentes durante un cierto número de años, y que sin embargo fueron modificadas por una nueva ley antes del acaecimiento de los plazos previstos para su vigencia. En efecto, mediante sentencia C-1114 de 2003, se mantuvo la vigencia en el tiempo de las siguientes situaciones jurídicas consolidadas: 1) exención tributaria por 5 años a favor de las empresas comunitarias que se constituyeran o transformaran en sociedades comerciales, 2) exención tributaria por 15 años a favor de las empresas generadoras y comercializadoras de energía eléctrica con base en el aprovechamiento del recurso hídrico y de capacidad instalada inferior a veinticinco mil kilovatios y 3) exención para los exportadores

mineros que invirtieran no menos de un 5% del valor FOB *-free on board-* de sus exportaciones anuales en proyectos forestales destinados a la exportación. En los tres casos, la Corte Constitucional estableció que las exenciones creadas se mantendrían inalteradas durante el plazo previsto en las disposiciones que les dieron origen, en aras de proteger la buena fe y la confianza legítima de sus beneficiarios, quienes debieron incurrir en grandes inversiones para hacerse acreedores a dichos beneficios tributarios.

Puede concluirse, de la mano de la jurisprudencia constitucional, que en materia de exenciones se configuran situaciones jurídicas consolidadas cuando las mismas han sido establecidas como estímulo o incentivo tributario, a cambio de una contraprestación -como en el caso de las actividades que acaban de enumerarse-, por oposición a aquellas exenciones que se conceden de forma general, sin contraprestación alguna, pues en este último caso a lo sumo se configurará una mera expectativa carente de protección constitucional -como en el caso de la exención del factor prestacional del salario integral referido *supra-* (Sentencia C-604 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz)<sup>21</sup>.

## CONCLUSIONES

El análisis de la jurisprudencia constitucional en materia tributaria permite evidenciar un respeto significativo, por parte del juez, de la autonomía del legislador al momento de crear, modificar y extinguir tributos, en tanto el alcance de principios con gran potencial limitador de la actividad impositiva, como lo son la progresividad, la equidad y la igualdad, ha sido restringido de forma considerable. Por su parte, la búsqueda de eficiencia ha fundamentado, en su calidad de fin legítimo, el aval del juez constitucional a una variedad importante de medidas tributarias adoptadas por el legislador, a lo cual se suma la notable restricción del alcance del principio de la buena fe, con el ánimo, en ambos casos, de favorecer la maximización del recaudo.

---

21 “[...] al momento de estudiar la constitucionalidad de una norma tributaria que suprime una exención debe la Corte, para efectos de determinar si se han vulnerado o no situaciones jurídicas consolidadas, distinguir los casos en que las exenciones se establecen como estímulo o incentivo tributario a cambio de una contraprestación, como sucedió en el asunto de debate, que se ofreció una exención de impuestos para quienes adquirieran determinados bonos de deuda pública; y aquellos que consagran exenciones generales sin contraprestación alguna, pues en el primer evento se generan situaciones jurídicas, particulares y concretas que el legislador está obligado a respetar y, en el segundo, tal fenómeno no se presenta por lo que el legislador bien puede suprimirlas o modificarlas, obviamente, con observancia de los distintos preceptos constitucionales que rigen la materia” (Sentencia C-604 de 2000, M.P. Carlos Gaviria Díaz).

El ejercicio de un control constitucional respetuoso de la competencia del legislador tributario no le ha impedido a la Corte Constitucional ampliar la órbita de algunas disposiciones que regulan la producción de efectos jurídicos de las normas en el tiempo, con el fin de garantizar los derechos de los contribuyentes. Sin embargo, la doctrina constitucional en materia tributaria contrasta con la prolífica actividad amplificadora del alcance de los principios constitucionales, que ha caracterizado a la Corte Constitucional colombiana en otras áreas del Derecho, por lo que puede afirmarse que no siempre es válida la afirmación según la cual la Corte Constitucional es esencialmente activista, creadora de Derecho y en últimas co-legisladora. El Derecho Tributario ofrece una muestra representativa de sentencias en las cuales el juez constitucional opera una tímida aplicación de los principios constitucionales, en aras de maximizar la competencia legislativa para imponer gravámenes a los asociados. Así las cosas, en materia impositiva, la exaltación de la soberanía legislativa ha sido respaldada por la doctrina constitucional, de forma persistente, desde los primeros años de la Constitución de 1991

## BIBLIOGRAFÍA

### Doctrina

- LOPERA MESA, Gloria Patricia. Los derechos fundamentales como mandatos de optimización. En: DOXA: Cuaderno de Filosofía del Derecho, 2004. ISSN: 0214-8676. p. 212-243.
- NUÑEZ MIÑANA, Horacio. Finanzas Públicas. Buenos Aires: Ediciones Macchi, 1998. 166 p.
- PIZA RODRÍGUEZ Julio Roberto. "El régimen fiscal en la constitución de 1991". En: Revista Derecho del Estado. Bogotá, N° 21, diciembre de 2008, p. 51-80.
- ROSAS VEGA, Gabriel. "¿Debe ser el IVA la base del sistema tributario?". En: Economía Colombiana y Coyuntura Política. Revista de la Contraloría General de la República. Bogotá. N° 295, marzo de 2003, p. 62-71.
- ZAGREBELSKY, Gustavo. El derecho dúctil [1992]. Traducción de Marina Gascón. Madrid: Trotta, 1995. 156 p.

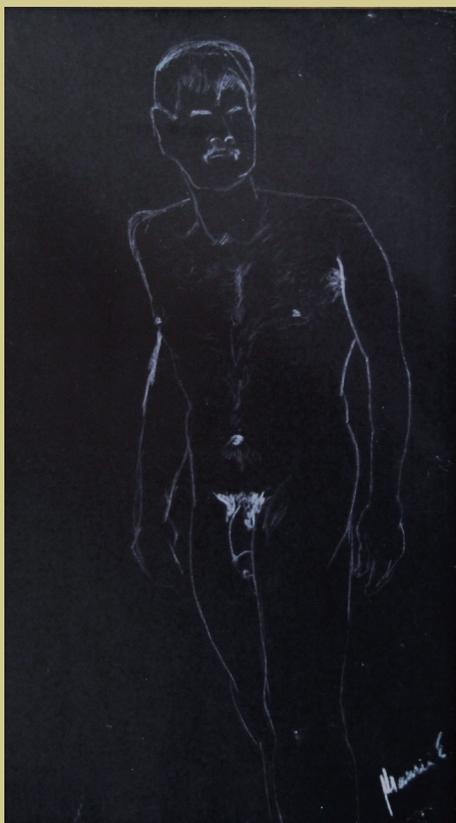
### Jurisprudencia

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-511 (3 de septiembre de 1992). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: expediente D-034.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-015 (21 de enero de 1993). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: expediente D-083.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-094 (27 de febrero de 1993). M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Referencia: expedientes D-162, D-171 y D-174.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-103 (11 de marzo de 1993). M.P. Fabio Morón Díaz. Referencia: expediente D-159.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-228 (17 de junio de 1993). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente D-221.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-549 (29 de noviembre de 1993). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente D-311.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-556 (2 de diciembre de 1993). M.P. Jorge Arango Mejía. Referencia: expediente D-318.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-335 (21 de julio de 1994). M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Referencia: expediente D-498.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-222 (18 de mayo de 1995). M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Referencia: expediente D-776.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-421 (21 de septiembre de 1995). M.P. Jorge Arango Mejía. Referencia: expediente D-821.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-445 (4 de octubre de 1995). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Referencia: expediente D-872.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-489 (2 de noviembre de 1995). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: expediente D-878.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-587 (7 de diciembre de 1995). M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Referencia: expediente D-976.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-393 (22 de agosto de 1996). M.P. Carlos Gaviria Díaz. Referencia: expediente D-1201.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-409 (4 de septiembre de 1996). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Referencia: expediente D-1197.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-511 (8 de octubre de 1996). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: Expediente D-1252.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-527 (10 de octubre de 1996). M.P. José Jorge Arango Mejía. Referencia: expediente D-1243.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-564 (24 de octubre de 1996). M.P. Hernando Herrera Vergara. Referencia: expediente D-1302 y 1303 acumulados.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-583 (31 de octubre de 1996). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente D-1304.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-596 (6 de noviembre de 1996). M.P. Hernando Herrera Vergara. Referencia: expediente D-1310.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-690 (5 de diciembre de 1996). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Referencia: expediente D-1353.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-238 (20 de mayo de 1997). M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. Referencia: expediente D-1483.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-005 (22 de enero de 1998). M.P. Jorge Arango Mejía. Referencia: expediente D-1725.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-006 (22 de enero de 1998). M.P. Antonio Barrera Carbonell. Referencia: expediente D-1726.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-160 (29 de abril de 1998). M.P. (E). Carmenza Isaza de Gómez. Referencia: expediente D-1841.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-183 (6 de mayo de 1998). M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Referencia: expediente D-1801.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-188 (16 de mayo de 1998). M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Referencia: expediente D-1856.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-674 (9 de septiembre de 1999). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Referencia: expediente D-2320.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-844 (27 de octubre de 1999). M.P. Fabio Morón Díaz. Referencia: expediente D-2310.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-108 (9 de febrero de 2000). M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Referencia: expediente D-2440.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-210 (1 de marzo de 2000). M.P. Fabio Morón Díaz. Referencia: expediente D-2495.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-604 (24 de mayo de 2000). M.P. Carlos Gaviria Díaz. Referencia: expediente D-2683.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-637 (31 de mayo de 2000). M.P. Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente D-2638.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-796 (29 de junio de 2000). M.P. Antonio Barrera Carbonell. Referencia: expediente D-2708.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1714 (12 de diciembre de 2000). M.P. Jairo Charry Rivas. Referencia: expediente D-3030.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-172 (14 de febrero de 2001). M.P. Alejandro Martínez Caballero. Referencia: expediente D-3110.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-711 (5 de julio de 2001). M.P. Jaime Araujo Rentería. Referencia: expediente D-3317.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1060A (8 de octubre de 2001). Conjuez P. Lucy Cruz de Quiñones. Referencia: expediente D-2975.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1115 (24 de octubre de 2001). M.P. Marco Gerardo Monroy CABRA. Referencia: expediente D-3496.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1295 (5 de diciembre de 2001). M.P. Álvaro Tafur Galvis. Referencia: expediente D-3597.

- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-616 (6 de agosto de 2002). M.P. Manuel José Cepeda. Referencia: expediente D-3860.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-643 (13 de agosto de 2002). M.P. Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente D-3880.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-153 (25 de febrero de 2003). M.P. Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente D-4217.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-250 (25 de marzo de 2003). M.P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D-4119 y 4120 acumulados.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-485 (11 de junio de 2003). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expediente D-4437.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-625 (29 de julio de 2003). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente D-4418.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-733 (26 de agosto de 2003). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente D-4470.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-776 (9 de septiembre de 2003). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: expediente D-4429.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-913 (9 de octubre de 2003). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente D-4508.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1114 (25 de noviembre de 2003). M.P. Jaime Córdoba Triviño. Referencia: expediente D-4585.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-1149 (2 de diciembre de 2003). M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. Referencia: expediente D-4660.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-461 (1 de mayo de 2004). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente D-2603.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-989 (12 de octubre de 2004). M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Referencia: expediente D-5100.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-543 (24 de marzo de 2005). M.P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D-5510.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-245 (29 de marzo de 2006). M.P. Alfredo Beltrán Sierra. Referencia: expediente D-6043.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-035 (27 de enero de 2009). M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Referencia: expediente D-7422.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-430 (1 de julio de 2009). M.P. Juan Carlos Henao Pérez. Referencia: expediente D-7645.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-748 (20 de octubre de 2009). Conjuez P. Rodrigo Escobar Gil. Referencia: expediente D-7365.
- COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-635 (24 de agosto de 2011). M.P. Jorge Iván Palacio. Referencia: expediente D-8391.



Autor: Mauricio Escobar Martínez

Título: Sin título

Técnica: Lápiz vidriografista sobre papel

Dimensión: 70 x 50 cm

Año: 1990

***EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO  
Y SU INCIDENCIA EN LOS PROBLEMAS  
DE JUSTICIA EN EL MUNICIPIO  
DE ANDES: EL CASO DEL MENOR  
DE EDAD COMO VÍCTIMA  
DE VIOLENCIA SEXUAL***

Fecha de recepción: 30 de marzo de 2012

Fecha de aprobación: 5 de junio de 2012

## EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SU INCIDENCIA EN LOS PROBLEMAS DE JUSTICIA EN EL MUNICIPIO DE ANDES: EL CASO DEL MENOR DE EDAD COMO VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL

*Nora Alba Cossio Acevedo\**

### RESUMEN

Este artículo presenta una síntesis del informe final de la investigación titulada: “El Sistema Penal Acusatorio y su incidencia en los problemas de justicia en el Municipio de Andes: el caso del menor de edad como víctima de violencia sexual”, investigación apoyada por el Grupo Derecho y Sociedad y el Fondo CODI-DR. Realizada durante el período 2009-2011; para el desarrollo del estudio se esbozaron como categorías: violencia sexual y abuso sexual; bien jurídico protegido, tipificación y penas en la normativa penal; las partes e intervinientes en el proceso penal; el abordaje del delito sexual y el restablecimiento de derechos de los niños y niñas menores de 14 años víctimas de violencia sexual. En este texto se identifican los principales problemas en la implementación y articulación entre los diferentes intervinientes del Sistema Penal de Tendencia Acusatoria Colombiano, generadores de los problemas de justicia en el Municipio de Andes.

**Palabras clave:** Violencia Sexual, abuso sexual, abordaje psico-social del abuso sexual en niños y niñas menores de catorce años, roles, competencias, protocolos.

### “THE ADVERSARIAL PENALTY JUSTICE AND ITS INFLUENCE ON THE JUSTICE PROBLEMS IN THE MUNICIPALITY OF ANDES: THE CHILD CASE VICTIM OF SEXUAL VIOLENCE.

### ABSTRACT

In this article shows a synthesis from the final inform of the research titled: “The adversarial penalty justice and its influence on the justice problems in the municipality of Andes: the child case victim of sexual violence, research supported for Grupo Derecho y Sociedad and Fondo CODI-DR. For the development was outlined as categories: sexual violence and sexual abuse; protected legal well, typification and penalties in the penal law, the intervenient parts in the penal process; the approach of the sexual crime and the rights reestablishment of the children minor of 14 years victims of sexual violence. In this text are identified the principal problems in the implementation and articulation between different involved of the Colombian penal system of adversarial tendency, problem generator in Andes municipality.

**Key Words:** Sexual Violence, psycho-social approach of the sexual abuse on children under fourteen years, roles, competences, protocols.

---

\* Abogada Magister en Derecho con énfasis en investigación, especialista en Derecho de Familia, docente ocasional Facultad de Derecho y Ciencias Políticas U. de A, coordinadora área de investigación Programa Derecho, e-mail: albacossio58@gmail.com

# **EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO Y SU INCIDENCIA EN LOS PROBLEMAS DE JUSTICIA EN EL MUNICIPIO DE ANDES: EL CASO DEL MENOR DE EDAD COMO VÍCTIMA DE VIOLENCIA SEXUAL**

## **INTRODUCCIÓN**

En la investigación: "El Sistema Penal Acusatorio y su incidencia en los problemas de justicia en el Municipio de Andes: El caso del menor de edad como víctima de violencia sexual", se identifican las falencias fundamentales en la implementación del Sistema Penal de Tendencia Acusatoria Colombiano en Andes y en particular algunas medidas que trajo consigo el Código de la Infancia y la Adolescencia, ya que al indagar en la realidad jurídica y social, se evidencian serias deficiencias a la hora de analizar la práctica de pruebas en concreto, el peritaje psicológico, el trabajo interdisciplinario entre las partes e intervinientes dentro del proceso penal, y el restablecimiento de los derechos de los niños y niñas menores de 14 años que han sido víctimas de violencia sexual.

Trabajar en el campo de la violencia sexual con un enfoque psico-social, fortalece el desempeño del profesional del derecho, ya sea como defensor, funcionario judicial, denunciante o abogado litigante, que tiene que lograr un equilibrio entre las múltiples dimensiones que inciden en una situación concreta, conjugando diferentes líneas de conocimiento. Es común escuchar expresiones que indican que los abogados y los jueces y fiscales, no saben de medicina, de psicología o de psiquiatría y éstos no saben nada de derecho, esta situación justifica este enfoque porque unos y otros están llamados a relacionarse con el discurso de las áreas con las que entran en contacto en el ejercicio de su profesión.

El acento del estudio está centrado en la realidad que se construye a partir del impacto de la violencia sexual sobre el niño o niña menor de 14 años establecido en el Municipio de Andes, y el desarrollo de roles y competencias legales de los actores que operan el Sistema Penal de tendencia Acusatoria, de tal forma, que no se espere un debate en términos probatorios o una disertación sobre el juzgamiento de delitos sexuales, ni la formulación de una reforma constitucional motivada en la agravación punitiva como es la tendencia normativa, vale la pena aclarar que después de un largo tiempo y exposición de variados intereses del grupo de estu-

diantes investigadores que mostraron diversas perspectivas, fue necesario reconocer nuestros límites teóricos como parte de la ética misma del trabajo investigativo.

El énfasis en esta investigación se hizo en la violencia sexual (VS) debido a que si bien esta categoría no está tipificada como el delito o la conducta que será sancionada legalmente, en este término se pueden incluir las diferentes conductas penales, como son: toda forma de contacto sexual no deseado, acto sexual abusivo, violación e incesto.

La pregunta que guió la investigación se formuló en los siguientes términos: *¿En qué medida el sistema penal acusatorio incide en los problemas de justicia en el Municipio de Andes en los casos de menores de edad víctimas de violencia sexual?*

Se planteó como premisa de la investigación que los problemas de justicia en relación con los delitos sexuales cuando han sido víctimas niños y niñas menores de 14 años son generados concretamente por la falta de un trabajo articulado entre las actores e intervinientes del Sistema Penal de tendencia Acusatoria en Colombia, debido a la inversión de los roles en la ejecución de los procedimientos.

Para cumplir con este propósito fue necesario: emplear un método sistémico-estructural para analizar la estructura del Sistema Penal de tendencia Acusatorio Colombiano (SPA), y su implementación en el municipio de Andes, en concreto, el proceso penal y los procedimientos en materia de violencia sexual y en específico se estudió el antecedente normativo; se indagó sobre el papel de las partes, los intervinientes e instituciones de la localidad que tienen la responsabilidad de asistir a los menores de edad en situación de violencia sexual; se analizó la práctica de pruebas en estos casos así como la ejecución de mecanismos para el restablecimiento de derechos a los menores.

Siguiendo a Escamilla Rocha (2002), consideramos que el tema es importante y actual porque el abuso sexual es una violación al cuerpo, a los límites y a la confianza, genera una ruptura a los límites personales, emocionales, sexuales y energéticos, que provocan heridas profundas y que dejan cicatrices a nivel físico, emocional, espiritual y psicológico.

**Aspectos metodológicos:** Es una investigación cualitativa de naturaleza exploratoria porque buscó acercarse a la problemática del Municipio de Andes en materia de violencia sexual contra los niños y niñas menores de 14 años para indagar sobre la protección a la infancia y la eficacia de sus derechos. Así mismo, se trata de una investigación predominantemente cualitativa en la que tensionamos de un lado, la normativa penal sobre delitos sexuales y las expectativas puestas en ella con relación a las estadísticas sobre ocurrencia de delitos sexuales en niños y niñas menores de 14 años víctimas de violencia sexual; de otro lado, se tensionaron los

modelos de intervención del Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses con las prácticas realizadas por el personal médico del Sistema de Salud ESE Hospital San Rafael e ICBF con lo establecido en la norma sobre consentimiento informado y cadena de custodia; también se tensionaron las competencias, los roles de las partes e intervinientes del sistema con las dinámicas de trabajo de estos mismos organismos para determinar las falencias del sistema.

**En la primera fase** fue necesario estudiar la Ley 906 de 2004 que implementa el Sistema Penal Colombiano de tendencia acusatoria, para comprender la estructura procesal y las particularidades de las partes y los intervinientes, así como el procedimiento a seguir cuando se trata de un delito sexual contra niños y niñas menores de 14 años. También se indagó sobre la evolución de la normativa penal, teniendo en cuenta la tipificación de las conductas de violencia sexual a partir del Código Penal de 1873 hasta la Ley 1329 de 2009; y en concreto se hace referencia a la ley 1098 de 2006 por su particular incidencia en la configuración del actual proceso penal.

**En la segunda fase** se realizó el trabajo de campo en el que participaron como entrevistados, los actores institucionales del Sistema Penal de tendencia Acusatorio y del Sistema de Bienestar Familiar del Municipio de Andes, esto es Fiscales, el Juez Promiscuo Municipal, Funcionarios de la SIJIN, el Médico Legista, la Psicóloga, el Comisario de Familia, la Defensora de Familia, para establecer a partir de sus experiencias e interpretaciones, las tensiones que se generan en el tratamiento jurídico y psicosocial en estos casos de violencia sexual contra niños y niñas menores de catorce años. Estas entrevistas se transcribieron, se categorizaron y se codificaron y se armaron diálogos para establecer las tensiones.

Se analizaron casos particulares para precisar: la implementación del SPA en el Municipio y su impacto práctico; la evacuación de casos relacionados con la violencia sexual en menores a partir de material de audio proveniente de audiencias públicas realizadas en el municipio de Andes; se indagó sobre los procedimientos especializados y técnicas científico-probatorias que se ejecutan en la investigación criminal. Se prescindió de indagar acerca de la visión de los actores sociales o de las mismas víctimas o sus familias porque reconocemos el dolor y el trauma<sup>1</sup> que genera una situación de estas y en este ámbito no estaba planteada la investigación.

**En la tercera fase**, se pasa de las nociones a los conceptos, al darnos cuenta que el procedimiento llevado a cabo hasta el momento mostraba falencias que inducían

---

1 El trauma es el resultado de un acontecimiento al que el niño no le encuentra significado y que experimenta como algo insuperable y altera principalmente su desarrollo emocional, cognitivo y le genera trastornos de diversa índole

a una falsa significación de los datos obtenidos, se organizó el marco conceptual para definir algunos términos que aportaban a la comprensión y significación de la situación de los niños y niñas víctimas de violencia sexual, tales como libertad sexual, formación sexual, abuso sexual, acceso carnal, agresión sexual, incesto, secuelas, peritaje psicológico y dictamen, protocolos, restablecimiento de derechos, la naturaleza del bien jurídico tutelado; las diferentes posturas sobre intervenciones corporales.

**En la cuarta fase**, decidimos confrontar los datos teóricos con estadísticas, para lo cual acudimos a la Secretaría de Salud y Bienestar Social del Municipio de Andes entidad que maneja el Programa SIVIGILA Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública, programa en el que debe registrarse la información reportada por la Fiscalía, el ICBF, el Juzgado de Familia, la Comisaría de Familia, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y la Policía de Infancia y Adolescencia. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses diligencia el Formato de Reconocimientos Médico Legales por presunto delito sexual; la Dirección Seccional de Salud y Protección de Antioquia Dirección de Atención a las Personas - Equipo de Vigilancia Epidemiológica Salud Mental - diligencia el Boletín Epidemiológico Salud Mental. En esta fase se elaboró un temario con fundamento en las categorías indagadas y se le asignaron los temas a cada uno de los miembros del equipo investigador<sup>2</sup>.

## DESARROLLO

Al abordar la incidencia del Sistema Penal Acusatorio en los problemas de justicia en el Municipio de Andes (Antioquia), se analizó que el abuso sexual es una modalidad de maltrato físico que comprende “todo acto de tipo sexual, con o sin contacto, entre un niño, niña o adolescente (persona menor de 14 años) y una persona adulta, hombre o mujer, o con adolescentes, con los cuales se pretenden satisfacer las necesidades sexuales de la persona abusadora o de un tercero” (Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia: 2011); el abuso sexual puede ser también cometido por otra persona menor de 18 años, cuándo ésta es significativamente mayor que el niño (víctima) o cuando el agresor está en una posición de poder o control sobre

---

2 Didier Betancur Ruíz, se encargó del tema Violencia Sexual: Revisión Normativa de los Delitos Sexuales contra niños y niñas menores de catorce años en Colombia; Leidy Yijana Salazar Zora, El peritaje psicológico a niños y niñas menores de catorce años cuando son víctimas de violencia sexual en el Municipio de Andes-Antioquia; María Nidia Álvarez P. Partes e Intervinientes en el Proceso Penal. En otro texto se aborda el restablecimiento de derechos administrativo y judicial, tema no incluido en este informe.

el otro” (*National Center of Child Abuse and Neglect* citado por García Diéguez y Noguerol Noguerol: 2007) lo que lo convierte en una práctica violatoria de la dignidad humana, de la salud mental, afecta la calidad de vida, el bienestar y el desarrollo integral de quien es objeto de ella y concurre con otras modalidades de maltrato como son el psicológico, el emocional, la sobreprotección, la negligencia o abandono físico, la sobre-exigencia y el abuso sexual.

De tal forma al confrontar la relación que existe entre maltrato y abuso, se apreció que entre estos términos existen un matiz complejo en el que se ejecuta una acción que puede ocasionar daños al menor en su esfera física y psíquica, pero que no solo tiene un componente objetivo sino que muchas veces se traslada a la valoración subjetiva, por eso un término que las engloba es el de violencia sexual, que comprende todo ataque al cuerpo, a la identidad y a la subjetividad. (Martínez y Aroza: 2007) ejercido contra el deseo y la voluntad del menor.

Básicamente, el concepto de abuso sexual en su marco general, presenta varias perspectivas de análisis:

**a. La perspectiva objetiva.** Apoyado en los estudios desarrollados por La Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia (2011), es posible establecer bajo esta perspectiva, no solo las lesiones físicas que sobresalen en el menor abusado, sino también los factores de riesgo y el establecimiento del grupo poblacional que ha resultado vinculado a procesos de esta naturaleza como agentes activos de delito. El contacto en el abuso sexual puede ser físico involucrando la boca, los pechos, los genitales, el ano o cualquier parte del cuerpo del niño o niña; o sin contacto, cuando se presenta exhibición, masturbación en privado o en público, producción y exhibición de material pornográfico, expresión de comentarios seductores implícitos o explícitos y realización de llamadas telefónicas obscenas.

Dentro de los factores de riesgo del contexto social, se encuentran varias líneas:

- i. De tipo cultural formativo:* la subvaloración del niño o niña, la tolerancia frente al maltrato, temor a la venganza si se denuncia, violencia intrafamiliar recurrente, niños y niñas que tienen que iniciar actividad laboral o ejercicio de la mendicidad, y la tolerancia de la comunidad.
- ii. De tipo comunicativo y situacional:* en familias donde está ausente el diálogo entre padres e hijos, madresolitarismo con varios compañeros sentimentales, hacinamiento, padre y madre alcohólicos o consumidores de drogas, trastornos mentales en la víctima, dependencia económica de la persona abusadora y el antecedente de abuso sexual. En las madres es usual encontrar mujeres sumisas porque padecen maltrato físico y psicológico, incapaces de proteger a sus hijos y que permiten la inversión de roles.

- iii. *De tipo formativo virtual*: cuando los niños y las niñas se exponen a la curiosidad sexual que los lleva a consultar en internet; también se da con frecuencia por la sumisión o miedo al abusador o la necesidad de afecto por fallas en el sistema de vinculación afectiva, escasa educación sexual o por exposición al comportamiento sexual de adultos.

Así entonces, los niños y las niñas son sujetos en permanente riesgo debido a que “la sexualidad y la agresividad son pulsiones silenciosas que buscan escenarios propicios para expresarse y no se inscriben de antemano en un orden establecido, ni se ajustan con facilidad a criterios de enseñanza y aprendizaje” (Gallo, 2008), por ello el abuso sexual se da con mayor frecuencia en el contexto intrafamiliar porque busca la intimidad, lo ejecuta el padre, el padrastro, el compañero sentimental o los amigos que frecuentan la casa, si lo realiza el progenitor se denomina “incesto”; el abuso sexual extrafamiliar, lo realizan personas incluidas en la red de vecinos (as), los profesores (as) del colegio, o personas extrañas que utilizan a los niños y niñas con fines eróticos o comerciales a través de redes sociales para elaboración de material pornográfico (Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia:2011).

- b. La perspectiva psicológica del abuso sexual:** bajo esta perspectiva el abuso sexual se comprende con énfasis en la dimensión subjetiva que articula los hechos que describen el comportamiento del actor, su deseo y su sentir, derivando de él las formas de maltrato físico y/o emocional, con las que se argumenta un daño real o potencial para la salud, la supervivencia, el desarrollo o la dignidad del menor en el contexto de una relación de responsabilidad, confianza o poder.

*Se define el abuso sexual a menores como la actividad encaminada a proporcionar placer sexual, estimulación o gratificación sexual a un adulto, que utiliza para ello a un niño/a, aprovechando su situación de superioridad. Consideramos además que existe abuso sexual cuando se dan las circunstancias de asimetría de edad entre víctima y agresor, lo que supone una diferencia de aproximadamente cinco años; cuando existe asimetría de poder, pues el abusador es el que controla o tiene algún tipo de autoridad con respecto a la víctima; cuando aparece asimetría de conocimientos pues se supone que el que abusa utiliza su astucia, y cuando existe asimetría de gratificación (Portillo Cárdenas: 2011).*

El abuso sexual a menudo genera un desorden que desestabiliza la vida normal del menor, tanto en su salud como en la percepción y cognición respecto a su propia sexualidad, que en muchos casos predispone a anomalías conductuales y emocionales.

*En la sexualidad y en la salud sexual: conocimiento sexual precoz o inapropiado, masturbación compulsiva, excesiva curiosidad sexual, conductas*

*exhibicionistas, contagio dificultades en la orientación sexual, prostitución, promiscuidad, de enfermedades de transmisión sexual tales como VIH/SIDA, vaginismo, dispareunia.*

**En el aspecto cognitivo-perceptivo:** *negación, distorsiones cognitivas, dificultades del aprendizaje, disociación, amnesia, personalidad múltiple, pesadillas, alucinaciones.*

**Conductuales:** *consumo de droga o alcohol, huida del hogar, conductas autolesivas o suicidas, hiperactividad, retraimiento social, conducta antisocial.*

**En el aspecto emocional:** *motivación disminuida, miedos, fobias depresión, baja autoestima, culpa, ansiedad, obsesiones, compulsiones, rabias, hostilidad, agresividad, culpa o vergüenza, depresión, ansiedad, baja autoestima y sentimientos de estigmatización, rechazo al propio cuerpo, desconfianza, rencor; trastorno de estrés postraumático (García Jiménez, et. al: 2002).*

Así entonces, tal como lo indica la Organización Panamericana de la Salud (2011) el abuso sexual de menores consiste en la participación de un niño en una actividad sexual que no comprende plenamente, a la que no es capaz de dar su consentimiento, o para las que no está preparado por su nivel de desarrollo.

**c. La perspectiva jurídica:** desde esta se tipifican las conductas que atentan contra los derechos a la libertad sexual, la integridad y la formación sexual del menor:

Como interpreta la Corte Constitucional a partir del artículo 16 CP, en desarrollo de la libertad sexual las personas deciden autónomamente con quién tener o no relaciones sexuales, indicándose así que “el ámbito de la sexualidad debe estar libre de todo tipo de discriminación, violencia física o psíquica, abuso, agresión o coerción, de esta forma se proscriben, por ejemplo, la violencia sexual, la esclavitud sexual y la prostitución forzada” (Sentencia T-732 de 2009), lo cual se liga al derecho a la autodeterminación (art. 9), al libre desarrollo de la personalidad (art.16) y a la dignidad humana (art. 1) para gozar de una vida sexual normal.

Se ha aceptado que en la comisión de los delitos de abuso sexual se lesionan la integridad y la formación sexual del menor, al generarle secuelas emocionales, conductuales, cognitivas, sexuales y físicas, porque el menor no tiene la capacidad cognitiva para comprender el acto del adulto que implica una incursión demasiado temprana para el niño o niña en la actividad sexual.

Al conjugarse la perspectiva objetiva, jurídica y psicológica, se han venido desarrollando indicadores de abuso sexual especialmente contra los menores de catorce años, haciendo énfasis en los síntomas que presenta en el ámbito preescolar, de acuerdo a la edad y las manifestaciones que sobresalen a nivel físico.

*Los síntomas más frecuentes en niños y niñas en edad preescolar son: ansiedad, pesadillas, desorden de estrés postraumático y problemas internos y externos de la conducta. Una manifestación muy considerada y estudiada ha sido la conducta sexualizada que se manifiesta en la forma de juegos sexualizados con muñecas, colocar objetos en el ano o en la vagina, masturbación pública o excesiva y conducta seductora, (...) las víctimas presentan desorden de estrés postraumático, depresión, cambios de humor, conducta agresiva, trastornos del sueño y retraimiento social.*

*Los síntomas o indicadores o indicios de presencia de abuso en niños y niñas de siete a doce años de edad son: depresión, conducta agresiva, desórdenes del comportamiento, miedos, pesadillas, neurosis, baja autoestima, hiperactividad, efectos en el funcionamiento cognitivo y problemas escolares. Suelen presentar un desarrollo evolutivo más bajo y problemas de aprendizaje. Sus conductas sexuales son inapropiadas (masturbación excesiva, preocupación sexual, exhibicionismo y agresividad sexual) con mayor frecuencia que los demás niños, retraimiento, estados psicóticos, fóbicos y obsesivo-compulsivos, intentos de suicidio, entre otros.*

*A nivel físico: padecen de enfermedades de transmisión sexual, vaginismo, asma, trastornos alimenticios, enuresis, ingesta compulsiva de alimentos o anorexia, problemas de orientación sexual, entre otros. (García Jiménez: et. al. 2002).*

Según el estudio realizado por la Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia (2011) dentro de las secuelas más peculiares que genera la violencia sexual en un niño o niña menor de 14 años se encuentran las conductas sexuales problemáticas (CSP) que le generan dificultades con los límites personales, exhibicionismo, ansiedad sexual, interés o preocupación sexual excesivos, intrusividad sexual, voyerismo, entre otros, y pueden propiciar abuso sexual sobre otros niños.

## LA NORMATIVA PENAL Y SU EFECTO ESTADÍSTICO

Dentro de las decisiones legislativas que tratan de conjurar el abuso sexual ejercido contra los menores de catorce años, está la ley 599 de 2000, la ley 679 de 2001, la ley 1098 de 2006, la ley 1236 de 2008 y la ley 1329 de 2009, de las cuales se infiere que la solución propuesta al problema de abuso no ha tenido solución con el incremento punitivo. Veamos:

- La Ley 599 de 2000 en el título IV consagró los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y en su capítulo II consagra los actos sexuales abusivos, el artículo 208 tipifica el Acceso Carnal Abusivo con menor de ca-

torce años con una pena de 4 a 8 años, mientras que en el artículo 209 tipifica los actos sexuales con menor de catorce años, o los realizados en presencia o la inducción de este a la realización de prácticas sexuales con una pena de 3 a 5 años, y dentro de las circunstancias de agravación punitiva aplicables a estos casos consagraron la realización de la conducta con menor de 12 años, el contagio de una enfermedad de transmisión sexual y el ejercicio de autoridad sobre la víctima y el embarazo.

- Con la Ley 679 de 2001 se recalca en su artículo 15 que el bien jurídico protegido es la libertad, el pudor y la formación sexual y se consagran otros actos abusivos contra menores de edad entendiendo por estos todo aquel que no haya cumplido los 18 años; actos abusivos como la pornografía, el turismo sexual asociado a prácticas sexuales, y la explotación sexual mediante la utilización de correo tradicional o redes globales de comunicación. Esta norma llega al Código Penal Ley 599 de 2000 como artículo 219A con una pena de prisión de cinco (5) a diez (10) años, y multa de cincuenta (50) a cien (100) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Se consagra una circunstancia de agravación si las conductas se realizaren con menores de 12 años, caso en el cual las penas se aumentarán hasta en la mitad (1/2).
- Posteriormente, la Ley 1236 de 2008 modifica los artículos 208 y 209 de la ley 599 de 2000, aumentando la pena del artículo 208 para el Acceso Carnal Abusivo con menor de catorce años con una pena de 12 a 20 años, mientras que en el artículo 209 modificado por el art. 5 de la ley 1236 consagró los actos sexuales con menor o en presencia de un menor de catorce años o la inducción de éste a la realización de prácticas sexuales incurrirá en prisión de 9 a 13 años, y dentro de las circunstancias de agravación punitiva se consagró la realización de la conducta en concurso, la posición, cargo o particular autoridad sobre la víctima, contaminación de una enfermedad de transmisión sexual, es reiterativo al establecer si se realizare en persona menor de 14 años, y si se produjere embarazo.
- La Ley 1329 de 2009, modifica el capítulo IV del título IV del libro 2 de la ley 599 de 2000, al tipificar en el artículo 213A el proxenetismo con menor de 18 años, estipulando una pena de 14 a 25 años y multa de 67 a 750 SMLMV, en el artículo 217A tipifica la demanda de explotación sexual comercial con menor de 18 años, con una pena de 14 a 25 años, la pena se agrava de una tercera parte a la mitad si se comete con persona menor de 14 años de edad. Se modifica el artículo 219 A, incrementando la pena de 10 a 14 años y multa de 67 a 750 SMLMV, con un incremento de la pena hasta la mitad si las conductas se realizaren con menores de 14 años.

- La Ley 1098 de 2006, en el acápite de procedimientos especiales, cuando el niño o niña ha sido víctima de un delito contra la libertad, la integridad y formación sexuales, contempla en su artículo 199 la pérdida de beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena, tales como: medidas no privativas de la libertad previstas en los artículos 307 literal b y 315 de la ley 906 de 2004, no se otorgará el beneficio de detención en el lugar de la residencia previsto en el artículo 314 de la ley 906 de 2004; no procede la extinción de la pena en aplicación del principio de oportunidad del 324 numeral 8 de la ley 906 de 2004, tampoco procede el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena del artículo 63 del C.P, ni el subrogado de la libertad condicional del artículo 64 del CP; ni los beneficios de sustitución de la ejecución de la pena del artículo 461 de la ley 906 de 2004, ni las rebajas de pena con fundamento en preacuerdos y negociaciones con la Fiscalía de los artículos 348 a 351. Así mismo el artículo 200 de la ley 1098, modifica el artículo 119 de la ley 599 aumentando las penas al doble cuando los delitos se comentan en niños y niñas menores de 14 años.

Ante tal panorama legal la pregunta que surge de plano es ¿cuál ha sido el resultado del incremento punitivo en relación con la protección de la libertad, la integridad y la formación sexuales de los niños y niñas menores de 14 años? La respuesta desilusiona por negativa, pues las estadísticas recogidas demuestran que estas medidas legislativas no han cumplido tal finalidad, revisemos porqué:

**Apreciaciones estadísticas:** Para la presente investigación se analizaron los datos de la Dirección de Salud y Protección Social de Antioquia, de la Secretaría de Salud y Bienestar Social de la Alcaldía de Andes y del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, complementados con algunos reportes de la SIJIN y de Comisaría de Familia de Andes. A partir de esta información fue posible establecer los lineamientos generales que demuestran el bajo impacto que ha tenido la agravación punitiva en la disminución de los porcentajes de abuso sexual, pero se recalca que las instituciones consultadas no presentaron datos armónicos.

Según la información reportada en el Boletín Epidemiológico de la Dirección Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia<sup>3</sup>, en el año 2010 se presentó en Andes un (1) caso de Abuso Sexual y en todo el Suroeste que comprende los municipios de Amagá, Angelópolis, Betania, Betulia, Bolívar, Caramanta, Concordia, Fredonia, Hispania, Jardín, Jericó y la Pintada, el total de casos ascendió a 54; algo a destacar es que en este Boletín se diferencia entre Abuso Sexual y Violencia

---

3 En este Boletín se reportan casos de abandono, Abuso Sexual, Negligencia, Violencia Física, Violencia Psicológica, Violencia Sexual, Accidente por Minas Anti Persona, Suicidio, Intento de suicidio e Intoxicación por uso de sustancias psicoactivas.

Sexual en Andes no se reporta ningún caso, pero para todo el Suroeste se reportan 10 casos en total. Para el año 2011 consolidado hasta la semana 32 se reporta para Andes 3 casos de abuso sexual en sexo femenino y 4 de violencia sexual también en sexo femenino, y el total del Suroeste 55 casos femeninos y 14 masculinos; y en violencia sexual en Andes el total es de 15 casos femeninos. No se indican las edades.

Por su parte la Secretaría de Salud y Bienestar Social de la Alcaldía de Andes, informa que el SIVIGILA<sup>4</sup> reporta para el año 2010 los siguientes datos: Abuso Sexual un (1) caso, violencia sexual cero (0) casos; para el año 2011, se encuentran 3 casos de abuso sexual, 4 casos de violencia sexual en mujeres.

Por otra parte, en el Boletín Epidemiológico para el año 2009 se reporta en abuso sexual un caso de sexo femenino, 1 caso de sexo masculino registrados por la ESE Hospital San Rafael; y en el 2010 un (1) caso de abuso sexual en sexo femenino también informado por la ESE Hospital San Rafael. No se indican las edades.

En el caso del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, se reportan informes que dan cuenta de los siguientes reconocimientos médicos por “presunto delito sexual”, así:

En el año 2008 el rango etario de 0-4 años se reportan 2 casos sexo femenino, 2 casos sexo masculino, para un total de 4 casos. Para el rango de 5-9 años, se reportan 8 casos del sexo femenino y 2 del sexo masculino, para un total de 10 casos. Para el rango de 10 a 14 años 8 casos de sexo femenino y 2 del sexo masculino, para un total de 10 casos.

En el año 2009, en la franja etaria de 0-4 años, 5 casos de sexo femenino, 1 de sexo masculino, para un total de 6 casos; en la franja de 5-9 años, 5 casos de sexo femenino y 3 de sexo masculino, para un total de 8 casos. En la franja de 10-14 años, 14 casos de sexo femenino en total.

En el año 2010, en el rango etario de 0-4 años, 3 casos de sexo femenino en total; de 5-9 años, 6 casos de sexo femenino y 2 casos de sexo masculino, para un total de 8 casos; en el rango de 10-14 años, 12 casos de sexo femenino y 2 casos de sexo masculino, para un total de 14 casos.

En el año 2011, en la franja etaria de 0-4 años, 2 casos de sexo femenino en total; de 5-9 años cinco casos de sexo femenino en total; de 10-14 años, 1 caso de sexo femenino y 1 caso de sexo masculino para un total de 2 casos.

---

4 Componente institucional encargado de la salud mental

Las cifras muestran que los delitos sexuales tienen mayor ocurrencia en las niñas que en los niños, con prevalencia en los niños y niñas de 10 a 14 años; el gran consolidado del período 2008-2011 para el rango etario de 0-4 años es de 12 niñas y 3 niños, para un total de 15 casos; de 5-9 años 24 casos de niñas y 7 niños, para un total de 31 casos; de 10-14 años, 35 niñas y 5 niños, para un total de 40 casos.

Según los reportes de la SIJIN (2010) del 100% de todos los casos de actos sexuales o accesos carnales abusivos con menores de edad el 80% se presenta con menores de 14 años, donde la mayoría son niñas, y suceden más en el área rural que en la urbana, con énfasis en los municipios de Jardín, Hispania y Betania, el otro porcentaje el 20% más o menos se da en los corregimientos de Andes como San Carlos y Quebrada Arriba. No obstante, para la consulta de estadísticas remiten a la SIJIN de Andes en Medellín.

Para la Comisaría de Familia resultó difícil entregar datos actualizados (manejan el Sistema TOYOTA desde el 2008), porque hay corregimientos del municipio muy complicados como Tapartó, Santa Inés y San José, por tratarse de localidades que quedan fuera del casco urbano y no hay presencia de la policía, no hay una base o una estación, lo que genera una situación delicada por el manejo del orden público en esos lugares.

Con todo, los datos que brindan las instituciones responsables de notificar los eventos de vigilancia epidemiológica, permiten mostrar cómo las cifras de la violencia sexual dan cuenta de un problema de salud pública, pero hay una distorsión al tratar de establecer precisiones estadísticas ya que las instituciones manejan distintos patrones de medida o hay ausencia de ellos. Al respecto, la Secretaría de Salud y Bienestar Social del Municipio de Andes (2011), “informa que cada institución, dependencia u organismo maneja información, la dificultad es la articulación con las demás instituciones ya que cada uno actúa como rueda suelta en todo el engranaje del estado”.

El problema analizado, no solo se circunscribe al manejo de datos reportados sino que tiene un espectro más amplio si se tiene en cuenta que no todos los casos de violencia sexual y en concreto de *acto sexual abusivo en menores de 14 años*, siguen una formalidad legal quedando muchos por fuera la órbita de protección institucional, lo que se sustenta principalmente en la no denuncia, es decir, en el silencio de la víctima ya por miedo o desconocimiento, o por el temor de involucrar a un familiar; o la denuncia tardía que incide en el manejo de la prueba y por ende en la falta de confianza de la víctima en las autoridades municipales.

Es común encontrar que la víctima guarda silencio por las relaciones que se tejen entre víctima y victimario:

*Casi siempre el abusador está en la casa, por eso es que el delito es tan oculto y tan invisible, por eso está en la credibilidad del niño, ¿Quién es el abusador? El cuidador que dejan, cuando la señora sale hacer una vuelta, casi siempre es así. Porque uno es muy cauteloso y dejamos el niño con un cuñado, un hermano, un tío, en fin un montón de cosas, eso es normalmente como nos enteramos de los casos.*

A esta situación se suma, que estos casos tienen ocurrencia en el ámbito familiar y debido a ello tienen una tasa muy baja de denuncias a propósito dice una de las personas entrevistadas:

(...) Lo que pasa es que no todo mundo denuncia, ese es el problema del abuso sexual. La mayoría de los casos al menos los que yo he visto aquí, son los mismos familiares o son gente violada, entonces la gente se queda callada, o son los hermanos de la mamá de los menores, o son los padrastros, o incluso como pasó en Tapartó, el abuelo, el tío y el papá, toda la familia abusando de una menor (...)

Otra situación particular, es que las víctimas tienen miedo de denunciar, porque temen a que su familia se desintegre, a que los adultos no les crean y que digan que el niño está imaginando esas situaciones, al punto de plantear una concurrencia de culpabilidad entre víctima y victimario o hacer sentir al niño o niña culpable de la situación<sup>5</sup>.

*Las conductas incestuosas tienden a mantenerse en secreto. Existen diferentes en explicar los motivos de esta ocultación: por parte de la víctima, el hecho de obtener ciertas ventajas adicionales, como regalos, o el temor a no ser creída, junto con el miedo a destrozarse la familia o a las represalias del agresor; y por parte del abusador, la posible ruptura de la pareja y de la familia y el rechazo social acompañado de posibles sanciones legales” (Echeburúa E. y de Corral P: 2006)*

En cuanto a la denuncia tardía se tienen muchos casos en los cuales se acude a las instituciones ante la evidencia de embarazos no deseados como lo dice uno de los profesionales entrevistados:

---

5 Aunque faltan estudios y seguimientos al respecto en el bajo índice de denuncias podría estar incidiendo el síndrome de acomodación del abuso sexual infantil, que consiste en que el niño sienta culpa o dolor porque ve a su familia desintegrarse, entonces prefiere callar o retractarse o puede suceder que el agresor lo amenaza u otro miembro de la familia le insiste en que no hable del tema que no ha pasado nada; o bien, el abuso viene repitiéndose y el niño lo aguanta porque no tiene como defenderse. Ahora bien, esta situación pudo generar desistimientos pero no se obtuvo estadística ni las razones que las motivaron.

*Hay señoras que denuncian cuando la niña está en embarazo hay muchas cosas, muchos vulnerabilidad, aquí casi nunca hay denuncias por abuso sino por otras circunstancias, se detecta el abuso después, pero que venga una madre que diga que un padre abusa de la niña no, aquí hay muchas denuncias de madres abandonantes, maltratantes pero como casos de abuso no.*

También en la no denuncia inciden las condiciones económicas de la víctima y las de superioridad del abusador:

Lo que pasa es que al que es intelectualmente más sabio por decirlo así, a la gente le da miedo denunciarlo. Otra cosa de porque se permite en el hogar esa violencia sexual sabida y conocida por el papá y la mamá, es por la situación económica, es la condición de superioridad económica del cónyuge o del padrastro o del abusador con respecto a la víctima y a todo el núcleo familiar.

Si se establece una línea de contacto entre la estadística y los casos que no siguen la ritualidad legal, es posible concluir que el aumento de penas no ha incidido significativamente en la disminución de estos delitos, lo que hace entender que más que medidas punitivas se necesita es educación:

Ahora la gente ha tomado más conciencia, pero aunque las penas son altas el delito no lo detienen. Yo pienso que se deben hacer campañas educativas más fuertes, recientemente una propaganda sobre delito sexual decía que los familiares más cercanos eran quienes cometían el abuso y no sé por qué no la volvieron a dar, era muy educativa por cierto, pero la gente si ha tomado conciencia.

*Desde la Red de Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar, este grupo interdisciplinario e interinstitucional hizo un énfasis muy fuerte en el abordaje de intervención y abordaje educativo en torno al tema del abuso sexual y nosotros veíamos que cada vez que avanzábamos más, que la gente conocía mas, ésta se sensibilizaba y tocaba mas puertas, rompía un poquito como el secreto, el mito.*

La idea de conjurar el abuso sexual del menor en la rigidez de la normativa penal y la alta efectividad que se espera del sistema penal, riñe en lo institucional que da cuenta de la limitación de recursos para que operen los intervinientes del sistema y una efectiva judicialización:

(...) no alcanzamos, manejamos 12 municipios pero en ellos hay comisario, en ciudad Bolívar (...) es el municipio donde más se ven eventos y donde menos se judicializa, (...) también tiene que ver mucho es la posición de las autoridades y la dinámica de la visión de esas autoridades; en ciudad Bolívar hay demasiados casos, en Támesis no hay tantos, en Caramanta hay muchos, yo me entero porque me cuenta la fiscal cuando voy con frecuencia a Támesis

o porque voy a audiencia, en Jericó casi no, porque también hay juez que saben que nos demoramos mucho por ir y que no podemos ir de un día para otro, porque nos tocaría pedir permiso a Medellín para ir a una audiencia, ellos usan al comisario, porque hay jueces penales de circuito, por ejemplo, el de aquí que dicen que es preferente el defensor pero admiten que vaya el comisario, porque en Tamesis el juez no permite que vaya el comisario.

Así entonces, la violencia sexual más allá de ser un hecho punible, es un problema de salud pública que encuentra otro significado si se considera como patología social en cabeza de quien ejecuta el acto, que si bien lesiona la integridad de los niños y las niñas, evidencia una disfunción mental asociada a un trastorno en la pulsión sexual, que hace aflorar conductas mantenidas en la penumbra de la personalidad del agresor, quien normalmente es de la familia, a ello se suma que la víctima no se atreve a contar por temor a que no se le crea pues “el generador del daño es el padre, el hermano o el padrastro (...), por eso es que el delito es tan oculto y tan invisible, eso genera desistimientos” (SIJIN) y en ocasiones se presenta el síndrome de acomodación al abuso sexual, que estimula la continuidad de la acción delictiva por mucho tiempo.

## EL ABORDAJE DE LOS CASOS DE DELITOS SEXUALES EN VÍCTIMAS MENORES DE 14 AÑOS

*El cuerpo nunca miente...porque es guardián de la verdad*

*Alice Miller*

La estructura legal diseñada para dar impulso procesal y atención a niños y niñas menores de 14 años víctimas de violencia sexual, pretende articular la labor de varias instituciones como son la Fiscalía (CTI, Policía Nacional SIJIN, DIJIN, DAS, Estaciones de Policía, Casas de Justicia, Inspector de Policía y personal con funciones de Policía Judicial), Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, el Sector Salud y el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF. Normalmente el proceso inicia con la *noticia criminis*, luego se hace valoración médica, examen sexológico dentro de las 72 horas siguientes a los hechos y el peritaje psicológico que define cómo fueron los hechos y el trauma que presenta el menor, un procedimiento muy sensible que en gran medida define el futuro de la responsabilidad penal.

Con miras a establecer los problemas de justicia en Andes, provenientes de la aplicación del Sistema Penal de tendencia acusatoria vigente en Colombia en relación

a los casos de abuso sexual de menores de 14 años, la investigación reconoció en el proceso, varias esferas de análisis, entre ellas, los procedimientos a los que están obligadas las instituciones judiciales y administrativas, así como la referencia a las terapias psicosociales y psicológicas que se le brindan a la víctima de la violencia sexual:

Al indagar el papel cumplido por Instituciones como la Fiscalía, el equipo de Medicina Legal, y de la Defensoría de Familia, fue preciso explorar los procedimientos que deben ellas cumplir, así por ejemplo, el Fiscal recibe la noticia criminal por un presunto delito contra la libertad, la integridad y formación sexual de niños o niñas menores de 14 años y con ayuda de su equipo de investigación de la Policía Judicial elabora su programa metodológico de investigación. Inicia entonces la indagación, inspección del lugar de los hechos, entrevistas, para determinar las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre los hechos y establecer si hay mérito probatorio para formular la imputación. El Fiscal adopta las medidas necesarias para la protección de la víctima, ordena los actos urgentes que así lo requieran y remite al niño (a) al Instituto Colombiano de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

**Por su parte Medicina Legal**, practica los reconocimientos y exámenes físicos y procedimientos médico forenses al niño o niña y al presunto agresor, elabora los dictámenes periciales, hace los exámenes de laboratorio para recolectar la evidencia física que requiera un análisis especializado, y resuelve los cuestionarios que le formulan las autoridades judiciales, velando porque ésta sea oportuna y adecuada siguiendo la cadena de custodia y atendiendo a las normas que exigen el consentimiento informado.

El consentimiento informado, o autorización que da el representante legal, o cuando este falta lo puede autorizar el Defensor de Familia, el Comisario, el Personero o el Inspector (numeral 8 del artículo 193 Ley 1098), se materializa en un documento que formaliza la intervención directa con el menor para reconocimientos físicos y procedimientos forenses para extracción de sangre, fluidos corporales, semen u anólosos (Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, Resolución 0005 del 3/04/2008) deben recolectarse ante de las 72 horas y debe mediar la explicación al niño en qué consiste el examen, el niño puede manifestar que no quiere que se le practique el procedimiento porque éste genera un alto grado de invasión a la intimidad del niño o niña.

El Médico Legista o un médico adscrito al Hospital practica el examen, pero la orden la da el Juez de control de garantías; el niño debe estar acompañado de uno de sus padres y del Defensor de Familia.

**El I.C.B.F en cabeza de la Defensora de Familia** interviene para garantizar, prevenir o restablecer los derechos de los niños y niñas con fundamento en lo

prescrito por la ley 1098 de 2006 en el artículo 82 numerales 11 y 12, y de acuerdo al artículo 150 entrevista al menor y lo acompaña también en las entrevistas que formulen otros profesionales y en la audiencia de juicio oral. En los casos de violencia sexual contra niños y niñas menores de catorce años, hace la investigación socio-familiar, remite para la evaluación nutricional, psicológica, de trabajo social, educación en salud, brinda la atención en crisis, hace remisiones a salud, gestiona la denuncia ante la Fiscalía, y en consecuencia debe acompañar al niño o niña en todo el proceso.

En este punto, se pudo apreciar que el equipo técnico interdisciplinario que debe estar integrado por el psicólogo, el trabajador social y un nutricionista son quienes revisan al niño o niña para garantizar la atención psicoterapéutica y emiten sus dictámenes periciales, en el Municipio de Andes no está completo porque no hay un trabajador social de planta, por carencia de recursos.

**Las Comisarías de Familia**, tienen unas funciones reguladas en el Decreto 4840 de 2007, su función principal es atender la violencia intrafamiliar, recibe denuncias de violencia intrafamiliar, practica rescates en situaciones de peligro, ejecuta programas de prevención de contra la violencia sexual y la violencia intrafamiliar, entre otras, por ello la ley ordena que esté conformado por un equipo interdisciplinario integrado por un trabajador social, un médico, un psicólogo y el abogado que es el comisario de familia, quienes actúan si dentro del contexto familiar se da el abuso sexual, para restablecer y reparar los derechos del niño y de los miembros de la familia. Cuando la Comisaría de Familia recibe un niño o niña con indicios de haber sido víctima de abuso sexual debe hacer la verificación de la garantía de sus derechos, según lo establecido por el art. 52 de la ley 1098.

**El Sector de la Salud** también está comprometido, bajo un modelo de atención integral establecido en la Ley 1146 de 2007, se encarga de hacer la entrevista clínica o anamnesis que consiste en la recolección de datos necesarios para diligenciar la historia clínica, se registra información relevante del niño o niña; el médico hace el examen médico general y atiende las urgencias médicas, practica los exámenes de laboratorio para diagnosticar y tratar enfermedades de transmisión sexual y VIH/SIDA, prueba de embarazo y lesiones de otro tipo, generadas con ocasión del abuso sexual, tiene la obligación de practicar pruebas forenses, patológicas y psicológicas siguiendo las normas de cadena de custodia (artículo 9 Ley 1146 de 2007).

El proceso, respecto del menor objeto de abuso sexual, contiene una fase terapéutica, que en la investigación se comprendió como un abordaje psicosocial, al incluir no solo terapias con psicólogo y psiquiatra, sino también el papel del trabajador social que hace una terapia familiar que incluye a los padres de la víctima.

**La atención psicológica**, busca hacer un diagnóstico y valoración del tipo de violencia sexual que presenta la víctima, los daños a la salud mental y el trauma. Dentro de los síntomas evaluados están: los trastornos intrapsíquicos para detectar: depresión reactiva, donde predominan síntomas de ansiedad generalizada, trastornos del sueño, trastornos fóbicos, percepción negativa del futuro (pérdida de capacidad de una mirada prospectiva), disminución de la autoestima, sentimientos recurrentes de vergüenza, asco, culpa, sentimientos de desesperanza, trastornos de la sexualidad. (Martínez y Aroza: 2007). Dentro de los trastornos vinculares y sociales (relación con el entorno): se indaga sobre su reticencia social, dificultad para continuar con sus deberes escolares por miedo a enfrentar a sus pares (miedo a ser juzgado), la pérdida de confianza en las personas de su núcleo familiar, aislamiento social principalmente en la escuela. Habitualmente la víctima asume una actitud defensiva y autorreferente, que le hace perder su espontaneidad y contacto social. También es frecuente una baja en su rendimiento escolar ya que el esfuerzo personal pierde sentido por lo vivido (Martínez y Aroza: 2007)

**La atención en crisis** incluye consultas por psiquiatría y/o psicología, se hace para detectar la presencia o sospecha de trastornos del neurodesarrollo como: retardo mental, autismo, trastorno de déficit de atención e hiperactividad, trastornos del aprendizaje y otras discapacidades de índole neuropsiquiátrico. Se estudian los antecedentes de trastornos emocionales, previos a los eventos de abuso y violencia sexual, trastornos emocionales o del comportamiento, y se hace manejo farmacológico a la sintomatología que por su severidad o presentación clínica requiere tratamiento concomitante con la psicoterapia. (Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia: 2011).

**En la Fase terapéutica** interviene el psiquiatra o el psicólogo, bien sea en simultaneidad o en alternancia y en interacción con el grupo familiar o con el grupo de personas con significación afectiva o de apoyo para la víctima, busca que el sujeto procese y se libere de los síntomas de su experiencia traumática, y elabore sus propios sentimientos reprimidos de odio, culpa o reproche, repugnancia, indignación, rabia y dolor. La terapia psicológica individual se centra en las necesidades del niño o niña, se trabaja la desculpabilización, el manejo de la confianza, los límites, la autoprotección, la reubicación en el ámbito familiar, el fortalecimiento de las áreas libres de conflicto, entre otros (Secretaría Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia: 2011) para trabajar sobre las emociones contradictorias, mientras que la psicoterapia grupal busca que el niño o niña se relacione, cuente su experiencia en presencia de “otros”, resignifique sus sentimientos, deje el aislamiento y mejore su autoestima, trabaje sobre el manejo de las emociones vividas durante el abuso y después de él, se hace para promover la autoprotección y la restauración de vínculos afectivos.

En esta fase se practica la intervención con el trabajador social que se hace con la familia de niño, para trabajar sobre la disfuncionalidad o desequilibrios de la estructura de la relación afectiva familiar visibles en el maltrato por trastornos del vínculo, trabajar sobre los afectos, el estado emocional y en las sesiones socioeducativas se trabaja sobre riesgos vitales en las víctimas, generados por autoagresión, hetero-agresión o re-victimización. Después del tratamiento terapéutico se procede al cierre del tratamiento, mediante una consulta por psiquiatría y/o psicología y se debe hacer seguimiento y consultas especializadas<sup>6</sup>.

### PRINCIPALES PROBLEMAS DE JUSTICIA ENCONTRADOS EN EL MUNICIPIO DE ANDES

Al hacer la valoración de la forma como son llevados los procedimientos legales y la relación directa que tienen respecto del proceso y la víctima, se pudieron establecer principalmente cuatro problemas en la implementación del Sistema de Penal de tendencia acusatoria en el Municipio de Andes:

- i. Fragilidad en la cadena de custodia, ausencia del consentimiento informado en algunos casos y falencias en la recepción del testimonio del niño o niña; tres aspectos con un impacto directo sobre la salud psicofísica del menor al convertirlo en objeto de prueba y generar revictimización.
  - ii. La desarticulación en el abordaje de estos casos por parte de los intervinientes del sistema y la presencia de equipos de trabajo (que deben ser interdisciplinarios) incompletos tanto en la Defensoría como en la Comisaría por escasez de recursos en el municipio (Andes es un municipio de sexta categoría).
  - iii. Se evidenció que la normativa penal no ha generado impacto positivo, se requiere es del compromiso de los profesionales operadores del sistema y el apoyo de la comunidad y las redes sociales en particular.
- **En cuanto a la cadena de custodia de material probatorio y evidencia física se pudo notar la existencia de falencias:** La cadena de custodia son los procedimientos que buscan conservar la identidad e idoneidad de los elementos materiales probatorios y la evidencia física, a fin evitar alteraciones, adiciones o sustracciones, deterioro durante la recolección, embalaje, rotulación, envío

---

6 Es importante saber, que la atención de urgencias, todo este tratamiento médico general, el terapéutico y el especializado lo debe cubrir el POS del régimen contributivo y el POSS del régimen subsidiado para proteger el derecho a la salud. Si no hay afiliación al Sistema de Seguridad Social los entes territoriales lo deben asumir

y análisis, de forma tal que los estudios periciales se hagan sobre los mismos elementos recogidos en el lugar donde se hallaron.

De acuerdo con lo investigado en Andes, la cadena de custodia se ve afectada por una inadecuada recolección y manejo de la prueba, principalmente por parte del personal médico adscrito a la ESE San Rafael, ya que el Hospital maneja igual, que Medicina Legal, el envío de los informes sexológicos. La Policía Judicial es el organismo encargado de entregar la solicitud con todos los datos del menor y la autorización del padre o responsable del menor. Es importante resaltar que la cadena de custodia que maneja propiamente el instituto de Medicina legal, es diferente a la de la Fiscalía, que son los dos únicos entes que pueden manejar sus propios rótulos y cadena de custodia. Los problemas se generan principalmente porque las muestras quedan en un solo embalaje y con una sola cadena de custodia, y lo que debe hacerse es que cada muestra tenga su propio embalaje con su rótulo y su cadena de custodia. Esta situación se ha interpretado no como una falta de conocimiento sino como carencia de compromiso institucional y social por parte de estos profesionales, que resulta ser una “falta de conciencia” de que están ante un procedimiento adversarial donde resulta de suma importancia comprender que si no hay prueba no hay derecho que pueda protegerse.

De igual manera se requiere asesoría permanente del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses como principal organismo científico del Sistema Judicial Colombiano, para el manejo de los protocolos con seguridad y calidad científico-técnica, los demás funcionarios deben entender que el peritazgo no es una tarea exclusiva de Medicina Legal sino del profesional que en su momento deba realizarla.

- Entre los hallazgos relevantes de nuestra investigación se pudo establecer que en algunos casos no se cumple con **el consentimiento informado**, el cual debe anteceder a cualquier práctica que implique intervención corporal, ya que su consecuencia inmediata es la revictimización del niño o niña, ya que se genera un alto grado de invasión a la intimidad del niño o niña que termina por afectar no solo la salud mental del menor, sino también la claridad y exquisitez de la prueba. Sin embargo, resaltamos que es muy importante seguir el procedimiento legal para tomarle la prueba al niño o niña porque por la intimidad del acto abusivo a veces es la única prueba que se tiene, y es de sumo interés en aquellos casos en los que la denuncia es falsa.

El proceso judicial parece ser lo más importante en estos casos, y todas las intervenciones corporales hechas una y otra vez, así como las entrevistas repetidas, son situaciones que afectan integralmente al menor, cada profesional

indaga de acuerdo a sus intereses, el riesgo es afectar al niño mucho más, esto es lo que se conoce como la revictimización:

*Las consecuencias de la victimización a corto plazo son, en general, devastadoras para el funcionamiento psicológico de la víctima, sobre todo cuando el agresor es un miembro de la misma familia y cuando se ha producido una violación. Las consecuencias a largo plazo son más inciertas, si bien hay una cierta correlación entre el abuso sexual sufrido en la infancia y la aparición de alteraciones emocionales o de comportamientos sexuales inadaptados en la vida adulta. No deja de ser significativo que un 25% de los niños abusados sexualmente se conviertan ellos mismos en abusadores cuando llegan a ser adultos. El papel de los factores amortiguadores -familia, relaciones sociales, autoestima, etc.- en la reducción del impacto psicológico parece sumamente importante, pero está aún por esclarecer” (Echeburúa P. y de Corral P.: 2006)*

- Otro asunto sensible es el testimonio del niño, este resulta ser muy importante, aunque debe tenerse en cuenta que también genera una victimización secundaria, en ese orden de ideas, la prestación de testimonio reiterado, las puestas en entredicho por la defensa, el niño o niña es de nuevo expuesto a los hechos que conformaron el abuso sexual, situación que se hace más grave cuando hay una presión psicológica por parte de los padres o autoridades que quieren hallar a toda costa un responsable, inhibiendo la expresión libre de lo sucedido. La Defensora de Familia debe acompañar al niño durante la audiencia, las preguntas se las formula a la psicóloga el defensor público, el Fiscal, el Ministerio Público, el Juez, y es la Psicóloga quien interroga al menor acomodando las preguntas en un lenguaje que el niño entienda. De acuerdo a nuestra investigación, en Andes escasa preparación para seguir los protocolos de entrevista (SATAc, RATAc) y los criterios para el análisis de contenido (CBCA) y dificultades para el manejo de menores que por su edad no tienen capacidad para contar lo sucedido, lo que genera prácticas inadecuadas.
- En el Municipio de Andes, falta favorecer la articulación interinstitucional e intersectorial de todos los intervinientes del Sistema Penal de tendencia acusatoria: en primer lugar estimamos que falta diálogo y consenso en las concepciones que cada institución maneja sobre violencia sexual y abuso sexual que permita tener más claridad inclusive desde los dos lenguajes: el psicológico y el legal, de esta forma disminuiría el trabajo disperso y aislado que ejecuta cada institución que les hace sentir que hay falta de compromiso en la labor de cada uno. En esencia es notoria la falta de recurso humano para atender el cúmulo de trabajo asignado (ante todo turnos nocturnos y períodos de vacancia), hay desconocimiento de los procesos que cada institución y área ejecuta, porque legalmente debe existir una ruta única para el abordaje integral de este delito.

Es claro que cada institución tiene unas competencias y funciones claras desde la ley, sin embargo, deben entender que su labor debe ser complementaria, cada institución tiene diferentes estilos y prácticas al ejecutar el modelo de intervención y eso genera inconsistencias. Lo anterior, repercutiría en un trabajo interdisciplinario, con un equipo que se reúna para el análisis conjunto de casos, porque a veces no resulta claro quién atiende qué y de qué manera.

Se pudo apreciar que la Comisaría de Andes, trabaja con muchas dificultades económicas ya que es un municipio de sexta categoría, por tanto, el 100% de las actividades las asumen los mismos profesionales y no la administración municipal, además se presentan dificultades para conseguir cupos con el ICBF para la remisión de niños o niñas a Centros Especializados y el equipo interdisciplinario no está conformado como lo ordena la ley por carencia de recursos.

- La investigación encontró que frente al problema de la violencia sexual, ha habido una excesiva confianza en que la normativa penal disminuiría el número de delitos cometidos contra niños y niñas, la estadística evidencia que se requiere es un modelo epidemiológico que intervenga en la violencia sexual como un problema de salud pública porque maltrata y daña la salud mental y física del niño o niña menor de 14 años, y evidencia un desorden social; ello exigiría dotar a la Defensoría de Familia y a la Comisaría de Familia de los recursos necesarios para realizar el trabajo interdisciplinario que la ley exige.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ PERTUZ, A. A. (2009). Restablecimiento de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia en el Sur-Occidente de Barranquilla. *Revista Jurídicas CUC*, Vol. 1 (5), 123-134.
- ANDES, S. D. (2011). *Sistema Nacional de Vigilancia en Salud Pública -SIVIGILA-*. Andes.
- ANTIOQUIA, G. D. (2010-2011). *Boletín Epidemiológico Salud Mental*. Antioquia.
- CÉSPEDES SASTRE, B. e. (Octubre de 2008). Trabajo de Investigación. *El Puente está Quebrado*, 79. (F. P. Children, Ed.) Medellín: Gente Nueva .
- DELL'ANNO, A., GALAN, S., & MASCIOLI, A. C. (2007). Perfil de las Víctimas de Delitos contra la Integridad Sexual asistidas en el C.A.V. Mar del Plata. En A. y. (págs. 123-153). Buenos Aires, Argentina : Espacio Editorial.
- DIÉGUEZ., G., & NOGUEROL NOGUEROL, V. (2007). *Infancia maltratada. Manual de Intervención*. Madris, España: EOS.
- ESCAMILLA ROCHA, M. P. (3 de febrero de 2012). *Revelando Secretos. Hablando una realidad que hace parte de la cultura del silencio*. . Recuperado el 7 de febrero de 2012, de <http://www.susmedicos.com/art-abuso-sexual.htm>

- FORENSES, I. N. (2011). *Estadísticas Básicas sobre Reconocimientos Médico Legales por Violencia Sexual en niños y niñas menores de 14 años, años 2008, 2009, 2010 y 2001*. Grupo Centro de Referencia Regional sobre Violencia - Regional Noroccidente, Andes.
- GALLO, H. (2008). *Maltrato Infantil: teoría y clínica psicoanalítica*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- GARCÍA JIMÉNEZ, M. & BLAZQUEZ FERNÁNDEZ, M. & MORALES GARCÍA, M. (2002). Abuso Sexual Infantil. Credibilidad del Testimonio. *Eúphoros* , 37-60.
- GIBERTI, E. (. (2005). *Abuso Sexual y malos tratos contra niños, niñas y adolescentes. Perspectiva Psicológica y Social*. Buenos Aires: Espacio Editorial.
- ICITAP. (2008). *Curso de entrevistas forenses a niños y su preparación para el juicio*. Medellín.
- LAMARCA PÉREZ, C. (2006). La Protección de la Libertad Sexual en el Nuevo Código Penal. *Jueces para la Democracia. Información y Debate* , 27, 50-61.
- LOPEZ CASTRILLÓN, J. (16 de Septiembre de 2011). Comisario de Familia. (L. Y. Zora, Entrevistador) Andes, Antioquia .
- MARIÑO ROJAS, C. (2009). Políticas de Protección dentro de las Políticas Públicas en el marco de la protección integral: Restablecimiento de Derechos para la Niñez Maltratada.
- En U. E. COLOMBIA, *Mecanismos Judiciales y Administrativos de Protección de Sujetos Vulnerados*. (págs. 71-101). Bogotá: Xpress Estudio Gráfico y Digital S.A.
- MASIP, J., & GARRIDO, E. (2007). *La Evaluación del Abuso Sexual Infantil. Análisis de la validez de las declaraciones del niño*. Madrid, España : Eduforma.
- MILLER, A. (2007). *El cuerpo nunca miente* (2 ed.). (T. d. Lamadrid, Trad.) Barcelona, España : Ensayo TusQuets Editores.
- OLARTE, A. M. (s.f.). El análisis de la implementación de los Programas de Atención Especializada como Medida de Protección para la Restablecimiento de los Derechos de la Niñez Maltratada en el Código de la Infancia y la Adolescencia. 375-393.
- P., E. E., & DE CORRAL, P. (2006). Secuelas Emocionales en Víctimas de Abuso Sexual en la Infancia. *Cuadernos de Medicina Forense* , Vol. 12 (43-44).
- QUIROZ., L. L. (17 de Agosto de 2011). Defensora de Familia. (L. Y. Zora, Entrevistador) Andes , Antioquia .
- RESTREPO CEBALLOS, D. M. (22 de Septiembre de 2011). Psicóloga. (L. Y. Zora, Entrevistador) Andes, Antioquia .
- SALUD, O. P. (s.f.). *Maltrato Infantil y Abuso Sexual en la Niñez. AIEPI* . Recuperado el 11 de Enero de 2010, de <http://www.paho.org/spanish/ad/fch/ca/si-maltrato1.pdf>

**NORMATIVA**

LEY 1146 (10 de julio de 2007). *Por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente. Diario Oficial No. 46.685 . Bogotá.*

LEY 1098 (8 de Noviembre de 2006). *Por la cual se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia , Diario oficial 46.446. Bogotá.*

# *RESEÑAS*



## **Sandel, Michael. *Justicia. ¿Hacemos lo que debemos?***

Trad. de Juan Pedro Campos Gómez, Barcelona: Debate, 2011.

*Iván Garzón Vallejo\**

La lectura de este libro se justificaría aunque sólo fuera por el hecho de que en él se pone de presente lúcidamente la relevancia de formular una reflexión filosófico-política acerca de los problemas sociales y culturales de la actualidad. Sin embargo, no es la única razón por la cual vale la pena leerlo. Pues, además, este libro de Michael J. Sandel, profesor de Ciencias Políticas en la Universidad de Harvard, constituye un resumido y ameno panorama de las principales corrientes de la filosofía política: el utilitarismo, el libertarismo, los liberalismos kantiano y rawlsiano, el aristotelismo (llamado por algunos perfeccionismo), y el comunitarismo, su propia postura intelectual. No se asuste el lector académico (o academicista) porque califico como ameno un libro filosófico, pues pretendo resaltar, simplemente, que las posturas filosóficas son explicadas a partir de numerosos casos reales, lo cual, dicho sea de paso, permite desmitificar la idea según la cual, la filosofía –aún la social y política– es una cuestión abstracta e irrelevante para la vida práctica. En este sentido, la metodología empleada por Sandel se explica por el origen de la obra: se trata de un texto que recoge lo que enseña en sus concurridas clases universitarias.

*Justicia, ¿hacemos lo que debemos?* es una excelente introducción al estudio de la filosofía política, propicia para quienes se dedican al cultivo de la filosofía práctica en general, pues una de sus notas características es el ir y venir entre los aspectos jurídicos, políticos y éticos, relativizando un poco la moderna división del trabajo entre las ciencias sociales. Pero además, su lectura será provechosa para quienes están dotados de una amplia cultura general y quieren encontrar los problemas que subyacen a los distintas situaciones controversiales del mundo contemporáneo (graficadas, sobre todo la realidad norteamericana, que es su contexto biográfico). Así las cosas, Sandel pone a prueba las diferentes doctrinas teóricas a partir de casos concretos de la crisis financiera internacional, de las altas bonificaciones de los ejecutivos de Wall Street, del canibalismo de un grupo de naufragos, de las

---

\* E-mail: [ivan.garzon1@unisabana.edu.co](mailto:ivan.garzon1@unisabana.edu.co)

cuotas para las minorías en las universidades, de las peticiones de perdón colectivas, o de los salarios de los basquetbolistas de la NBA. Estos y otros casos citados ponen de relieve problemas en los que está en juego la justicia. El propósito de Sandel es evidenciar cómo las diferentes tradiciones políticas darían respuesta a estas situaciones y, con ello, estimular al lector para que se interrogue por su propia concepción de justicia y sea capaz de argumentarla. Aunque en la tradición anglosajona el discurso filosófico tiene cierta propensión a ser explicado y puesto a prueba mediante casos concretos (algo semejante, aunque con menos casuística se encuentra en *Filosofía Política. Una introducción*, de Jonathan Wolff), la novedad de este libro estriba en la prolijidad y pertinencia de los casos citados, así como en su perspectiva comunitarista, esto es, crítica de los presupuestos de la filosofía liberal.

En un contexto en el que el enfoque liberal de los asuntos políticos suele ser predominante, Michael J. Sandel es, al lado de Michael Walzer, Charles Taylor y Alasdair MacIntyre, uno de los principales exponentes de la filosofía comunitarista. Sólo para los legos, traigo a colación cuatro aspectos mediante los cuales el autor discute desde el comunitarismo con las tendencias opuestas. El primero es que, para esta tradición, la cuestión del bien y, específicamente, de la vida buena o el bien común deben ser incluidas en la reflexión política. Es decir, no deben considerarse asuntos meramente individuales o privados, como sostienen los liberales. Contra esto, Sandel advierte que no sólo es epistemológicamente imprescindible dar una respuesta a las cuestiones éticas o morales que subyacen a los diferentes problemas políticos, sino que, además, la consecuencia de ello es una vida pública más vigorosa y significativa para el ciudadano. Segundo, el comunitarismo pone de presente la existencia de valores compartidos como elementos cohesionantes de las sociedades modernas. Así, lo narrativo, lo biográfico, lo emocional, la solidaridad, y la interdependencia de las personas constituyen importantes referentes de identificación y sentido normativo de los ciudadanos. Luego, no sólo un extenso catálogo de derechos y de libertades garantizadas constitucionalmente son suficientes para mantener cohesionada a una sociedad –aunque, por supuesto, es deseable la presencia de aquellos: los comunitaristas construyen sobre el *background* social y político que proporciona el Estado liberal–. Tercero, los autores comunitaristas señalan la necesidad de releer a los clásicos. Ciertamente, y en contra de cierta tendencia académica de la filosofía política que sólo se concentra en el estudio de los autores modernos (como hiciera Rawls en el que fuera su libro de texto, *Leciones sobre la historia de la filosofía política*), Sandel recoge y actualiza la lectura de Aristóteles –a quien dedica un capítulo), y de Platón, entre otros. Pero más allá de releer a estos autores, y éste es el cuarto elemento, los filósofos comunitaristas traen a la discusión pública algunas categorías marginadas o incomprendidas por la canónica tradición liberal. Algunas de ellas son: el *telos* o finalidad (de las ins-

tituciones y de ciertas conductas sociales), la vida buena, la virtud, el honor y el merecimiento, las cuales aunque suelen estar presentes implícitamente en la deliberación política, no obstante, ésta suele plantearse como una discusión acerca de los derechos individuales, la justicia procedimental, la igualdad formal y las libertades objetivamente indeterminadas. Por ello, no cabe duda que el planteamiento de las categorías comunitaristas enriquece el debate público democrático.

En síntesis, este libro de Michael Sandel constituye una saludable y necesaria reflexión acerca de los clásicos pero siempre novedosos y estimulantes problemas de la filosofía política: la libertad, la igualdad, el individuo, el Estado, la comunidad, el bien común, el poder, la relación de la política con el derecho y de éstos con la moral. El eje de la reflexión de este crítico del individualismo liberal es, paradójicamente, aquello que hace 40 años –con *A theory of Justice*– un autor liberal como Rawls contribuyera a rehabilitar: la reflexión filosófica sobre la justicia.



## Reseña del Libro *El Derecho Humano al Agua*, de Aniza García\*

*Por: David Sierra Sorockinas\*\**

En el derecho constitucional moderno uno de los temas que más ha resaltado y trascendido, es el de los derechos sociales, en torno a ellos se ha desarrollado una fuerte doctrina que propende por la consagración de estos derechos como verdaderos, exigibles y justiciables, impulsada por los estudios de autores como Víctor Abramovich y Christian Courtis<sup>1</sup>.

Dentro de esa vasta literatura sobre los denominados derechos sociales, se encuentran algunas obras especiales que resaltan la importancia de un derecho en particular, sea el derecho al medio ambiente, a la información o, como el texto reseñado, el derecho al agua; el cual se cataloga como un derecho *novedoso*, que busca dar garantías sobre el acceso real y material del preciado líquido a la población de los países, sin importar si son desarrollados, en desarrollo o subdesarrollados, los cuales, en palabras de la profesora García, sería más apropiado denominar con el calificativo de países de centro y periferia.

En este contexto aparece el libro de la profesora mexicana<sup>2</sup>, quien hace un estudio serio sobre la consagración efectiva del derecho al agua en los ordenamientos jurídicos, precedido de la consagración internacional que ha hecho el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) al PIDESC (Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales).

La constante referencia que hace la autora al ordenamiento internacional marca un compás en la dinámica del texto, pues, en ningún aparte del mismo abandona

---

\* García, A. (2008). *El derecho humano al agua*. Madrid: Trotta. 295p.

\*\* 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, ambos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

1 Abramovich, V. & Courtis, C. (2004). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

2 Aunque hay que advertir que parte de su vida académica profesional la ha desarrollado en España y México, siendo profesora de varias universidades y Doctorada en Derecho de la Universidad Complutense de Madrid.

la idea de matizar, si cabe la expresión, los lineamientos que han proporcionado los organismos internacionales, pero no sólo aquellos que buscan la protección de los derechos, sino también los organismos multilaterales que con sus políticas influyen en la garantía, o no, del derecho al agua, por citar los más recurrentes, el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional.

Es por ello que el análisis hecho por la profesora García cumple con el requisito de ser práctico y teórico, puesto que, hace un estudio de los casos en los cuales se ha protegido el derecho al agua y enmarca el contexto en el cual se desenvuelve, enfocando al lector a que, a través de esos casos, llene de contenido al derecho.

Esta visión se genera desde el inicio del texto, ya que expone la tesis de que: el derecho al agua es un derecho exigible, debería añadirse, y justiciable. En esa primera parte del texto esgrime unas pinceladas acerca de la complejidad que envuelve al agua, en tanto, se debe pensar al agua desde el aspecto de la escasez de la misma y la necesidad vital que tienen los hombres de este recurso para vivir.

Precedida de las pinceladas acerca complejidad del agua, la autora deja plasmadas estas dudas que generan en el lector una idea que con la lectura del texto irá resolviendo, pero, siempre partiendo de que cada uno puede contribuir a las respuestas que la autora propone en él. En los siguientes capítulos, Aniza García transforma el lenguaje de discursivo a enunciativo, en tanto, amparada en los lineamientos que devienen del derecho internacional público, como lo son la Organización Mundial de Salud (OMS), el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (En especial el Caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay), y otros tantos, señala la relación del derecho al agua con otros derechos más *fuertes*, protegidos con menos dudas, como la vida, la vivienda digna, la salud, demostrando como el agua se constituye como elemento necesario para la garantía de ellos

Si se traslada el discurso planteado en el texto a lo que ha desarrollado la Corte Constitucional colombiana, se puede entender el derecho al agua como un derecho fundamental por su conexidad con otros derechos establecidos desde la propia Constitución Política como derechos fundamentales<sup>3</sup>. Por lo anterior, la primera

---

3 Se de advertir que el concepto de derechos fundamentales por conexidad ya fue superado por la Corte, ahora se refiere a derechos fundamentales como derechos que garantizan la dignidad humana y se plasman en derechos subjetivos, Cf. Sentencia T-227 de 2003, M. P. Eduardo Montealegre Lynett. Particularmente refiriéndose al agua, la Corte Constitucional ha protegido el derecho al agua como derecho autónomo, Cf. Sentencias: T-717 de 2010 y T-740 de 2011.

parte del texto direcciona el tema, más que a exaltar las necesidades de protección, a demostrar los mecanismos o formas exigibles del derecho humano (fundamental) del agua.

Entendiendo esta necesidad de garantizar el derecho al agua, por ahora, por su vinculación inherente a la garantía de otros derechos, Aniza García muestra la otra cara de la moneda, lo que muchos denominarían la realidad del agua en materia de garantía efectiva a la comunidad, es decir, la desigualdad en la distribución de este recurso y cómo han contribuido la globalización económica y el libre mercado a agravar dicha situación.

La ilustración del mapa económico del agua, comenzando por las grandes multinacionales del sector, siguiendo con las presiones de las organizaciones multilaterales como el Banco Mundial, el Fondo Monetario, la Organización Mundial de Comercio (OMC), los bancos de desarrollo, muestra un sistema mercantilizado y privatizado que está a favor de unos intereses lucrativos, en desmejora de los intereses sociales y humanos que rodean al agua.

En este punto, la autora propone un lenguaje o un discurso desde el derecho público, que colisiona con las ideas privatistas y de libre mercado que se suelen utilizar cuando se estudia el acceso al agua. Advirtiendo que la interpretación que hace García no es desde el *tradicional* derecho público del poder, sino desde el derecho público como fuente de garantía de las necesidades sociales de los individuos, basándose en la consigna fundamental del Estado Social de Derecho.

Quizás estos apartados del texto son los que tienen más relevancia y dan cuenta de las propuestas para garantizar el derecho al agua, pues, asumiendo una postura desde el derecho constitucional moderno, realiza un estudio serio de un derecho que por su complejidad había quedado relegado a meras expectativas, éste no se podía concretar en un derecho como tal, debido, entre muchas razones, a su carácter prestacional y a la forma de distribución del agua a la comunidad, sometida a las reglas de mercado, esto es, preferencia y exclusión. Ello rompe con la forma tradicional cómo se había entendido al agua.

Se habla de una ruptura con la tradición, en el sentido de que los análisis propuestos por la autora, están vinculados desde otra perspectiva que explica las esferas del agua a partir del lenguaje del derecho, diferente a como se había entendido, es decir, basándose en la perspectiva económica, como un bien mercado, sujeto a las reglas de éste, o como un bien público, precisamente por su exclusión a las reglas, y en los estudios más modernos, como un bien meritorio por su condición de estar sometido a las reglas de mercado, pero que el Estado no estaría dispuesto a que se excluyera individuos de la prestación del mismo.

Ahora bien, los juristas se habían acercado muy poco a este tipo de bienes, y los más intrépidos lo habían hecho desde el derecho ambiental<sup>4</sup> o desde los servicios públicos<sup>5</sup>, haciendo énfasis en diferentes aspectos, pero, sin llegar al núcleo esencial del agua (haciendo el símil con los derechos fundamentales), la razón básica de ello, y de ahí la gran importancia del texto, es por la plurivalencia con que analiza el agua y sintoniza todos estos aspectos en la protección del derecho.

El agua como recurso natural requiere de una protección determinada, en especial frente a la contaminación; el agua como un elemento productivo requiere de un estudio no sólo económico, sino frente al buen uso que se le dé al líquido; el agua como bien necesario para la vida requiere de concretar los mecanismos para el acceso a ella por hombres, mujeres y niños.

La complejidad que ello revierte y dependiendo de la postura que se acoja, tendrá diferentes soluciones, esto aporta un matiz importante que resalta el trabajo de la doctrinante mexicana, ya que pone de relieve toda la estructura que contiene la protección del agua.

Sin embargo, este punto es el culmen del escrito y el gran valor de la obra, porque los capítulos subsiguientes, los que la autora nombra como “reconocimiento y contenido del derecho al agua”, son un retorno al lenguaje enunciativo de la primera parte del texto, puesto que, analizando, especifica y directamente las Observaciones Generales (OG) al PIDESC, en especial la OG número 15, en la cual el CDESC enuncia al derecho al agua como un derecho humano y lo llena de contenido, establece las consecuencias de dichos lineamientos, particularmente, las obligaciones que surgen de su consagración (obligaciones de: respeto, protección, satisfacción, información).

Finaliza el texto con dos capítulos, el primero muy del corte enunciativo, pero con la característica de mostrar algunos ejemplos de la protección real y material que se ha ensayado, por resaltar los Tribunales *morales* del Agua (tanto el latinoamericano, como el internacional), el capítulo final, en cambio, es una composición enunciativa y propositiva, ya que muestra algunas propuestas acerca de mejorar la cultura del derecho al agua, entendido como un derecho que le pertenece a la humanidad, con las garantías que ello trae, pero teniendo en cuenta de la escases y la desigualdad de la distribución, de ahí resulta la mezcla propositiva y enunciativa del capítulo.

Tal cual lo escribió alguna vez Augusto Monterroso: “En realidad, escribir es un acto redundante, puesto que todo está dicho ya. Incluso esta última frase. Sin embargo,

---

4 Cf. Martín Mateo, R. (1977). *Derecho Ambiental*. Madrid: Instituto de Estudios de Administración Local.

5 Cf. Marín Cortés, F. G. (2010). *Los servicios semipúblicos domiciliarios*. Bogotá: Temis.

quizá habría que considerar la ignorancia como un gran bien. Sólo la ignorancia nos hace sentir que somos capaces de decir algo que valga la pena que no haya sido dicho antes mucho mejor. Bueno, permitámonos esa ilusión”<sup>6</sup>.

Así el texto de Aniza García se convierte en uno que muestra una serie de ideas ya expuestas, pero con el toque que la doctrinante le quiso imprimir, lo que convierte al texto en referente necesario en la doctrina del derecho al agua y un estandarte para continuar con los estudios y dudas que se propusieron durante el libro.

---

6 Extracto del cuento “Todo está dicho ya”. Monterroso, A. (2000). *Viaje al centro de la fábula*. México: Alfaguara. p. 95.



Imprenta  
Universidad de Antioquia

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13  
Correo electrónico: [imprenta@quimbaya.udea.edu.co](mailto:imprenta@quimbaya.udea.edu.co)  
Impreso en agosto de 2012