





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 LXX —segunda época— Diciembre de 2013  
Volumen LXX, N.º 156



**ESTUDIOS DE DERECHO  
UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

**RECTOR**

Alberto URIBE CORREA

**DECANA**

Clemencia URIBE RESTREPO

**DIRECTOR/EDITOR**

Raúl Humberto OCHOA CARVAJAL

**COMITÉ EDITORIAL**

María Cristina GÓMEZ ISAZA	Doctora en Derecho Profesora Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Unviersidad de Antioquia
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

**ASISTENTE DE EDICIÓN**

David Ignacio JARAMILLO GALEANO

*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

ProQuest Estados Unidos

SCIELO

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 esta una copia de la publicación

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

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

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

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia.

Autor de obras en separatas

Diana Carolina García Velázquez: Estudiante Licenciatura en Artes Plásticas de la Facultad de Artes de la Universidad de Antioquia.

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: [rderecho@mitra.udea.edu.co](mailto:rderecho@mitra.udea.edu.co)

Página web:

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

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Imprenta Universidad de Antioquia

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

Correo electrónico: [imprensa@quimbaya.udea.edu.co](mailto:imprensa@quimbaya.udea.edu.co)

## MISIÓN

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



**UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

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



# INSTRUCCIONES PARA QUIENES DESEEN PUBLICAR EN LA REVISTA ESTUDIOS DE DERECHO

## CONVOCATORIA PERMANENTE

La Revista ESTUDIOS DE DERECHO, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, indexada en categoría B de Colciencias y perteneciente a las bases bibliográficas IBSS, Sociological Abstracts, CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest y Scielo, informa que a partir de ahora la convocatoria para la recepción de artículos estará permanentemente abierta, y recibirá textos que traten de cualquier tema relacionado con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Se dará prioridad a los textos que sean fruto de investigaciones terminadas. Los artículos que pretendan ser publicados en la sección de Investigación, deberán indicar con precisión los datos de la investigación de la cual son fruto. Los artículos de investigación terminada que se recibirán serán solo los que puedan ubicarse en una de las tres siguientes clasificaciones, de acuerdo a lo establecido por COLCIENCIAS:

1- *Artículo de investigación científica y tecnológica.* “Documento que presenta, de manera detallada, los resultados originales de proyectos terminados de investigación. La estructura generalmente utilizada contiene cuatro apartes importantes: introducción, metodología, resultados y conclusiones”.

2- *Artículo de reflexión.* “Documento que presenta resultados de investigación terminada desde una perspectiva analítica, interpretativa o crítica del autor, sobre un tema específico, recurriendo a fuentes originales”.

3- *Artículo de revisión.* “Documento resultado de una investigación terminada donde se analizan, sistematizan e integran los resultados de investigaciones publicadas o no publicadas, sobre un campo en ciencia o tecnología, con el fin de dar cuenta de los avances y las tendencias de desarrollo. Se caracteriza por presentar una cuidadosa revisión bibliográfica de por lo menos 50 referencias”.

Se recibirán también ensayos, comentarios a sentencias y reseñas bibliográficas. Todos los textos recibidos deben estar escritos en español, inglés, portugués, francés o italiano; no se contempla la publicación en otros idiomas.

A través de un sistema de evaluación anónima de árbitros, solamente se seleccionarán los artículos que se presenten para la sección de investigación. Estos, una vez recibidos por el sitio web de la revista, entrarán en un proceso de revisión (que puede seguirse por el autor a través del sitio web de la revista) compuesto por las siguientes fases: 1) Fase de pre-edición: se analizará,

en un periodo de no más de un mes calendario, el cumplimiento a cabalidad de los requisitos formales, así como de la pertinencia temática con la Revista. Cumplido este procedimiento, los autores serán informados acerca de la superación o no de esta etapa. 2) Fase de selección por parte de árbitros: los textos aprobados en pre-edición serán enviados para su aprobación o no a algún miembro del equipo de árbitros de la revista, con anonimato respecto tanto al autor como al árbitro. Este proceso no tardará, en ningún caso, más de dos meses calendario. 3) Fase de edición e imprenta: los textos aprobados por los árbitros pasarán inmediatamente al proceso final de edición, diagramación e imprenta. Este proceso no tardará más de dos meses. El orden de publicación de los artículos de investigación, estará determinado de acuerdo con el momento en que cada texto supere la fase de pre-edición. Los demás artículos aprobados por los árbitros podrán ser incluidos en números posteriores previa aceptación del autor.

Los artículos deben hacerse llegar en medio magnético, a través del *Open Journal System* con el cual opera la revista. La forma de realizar el envío es el siguiente:

Ingrese al sitio web de la revista <http://revinut.udea.edu.co/index.php/red>, allí deberá registrarse, seleccionando al final del fichero la opción: “registrarse como autor”. Posteriormente, en la página de inicio ingrese en la opción autor, y allí seleccione la opción de comenzar un nuevo envío. Siga los cinco (5) pasos indicados en la página. También podrá hacer seguimiento de su artículo por este medio. Una guía con indicaciones más precisas y ejemplos la puede encontrar en el mismo sitio web.

Todos los textos enviados deberán cumplir con los criterios de estilo indicados por APA (American Psychological Association) en su sexta edición. A continuación se indican las principales instrucciones APA, 6 ed., a tener en cuenta:

### **CRITERIOS GENERALES:**

El texto debe digitarse en letra tipo “Times New Roman”, tamaño 12, a espacio y medio, hoja tamaño carta, 2.5 cm de margen y con una extensión no mayor a 30 páginas en total, dos espacios después del punto final de una oración, y sangría (*Indent*) a 5 espacios en todos los párrafos. Además de ello, en cuanto a la utilización de tablas, cuadros y gráficos, estos deben “llamarse” previamente a su muestra, los cuales deben contener, según sea el caso, título y pie de imagen.

El texto debe tener en su estructura:

- Título (en español o en el idioma en el cual se presente el texto) con un asterisco al pie donde se indique la calidad del artículo: resultado de investigación (con todas las indicaciones que permitan identificar a la misma: Grupo de investigación, financiación, etc.), análisis de jurisprudencia, ensayo, opinión, etc.
- Nombre(s) y apellidos del autor(a), con un asterisco al pie donde se indiquen datos necesarios para reconocer los créditos, como son: nombre completo, número de teléfono y/o fax, correo electrónico, nombre de la institución en la que labora, cargo que desempeña, e información sobre el grado de escolaridad.

- Resumen, de no más de 200 palabras, y entre tres (3) y cinco (5) palabras clave, así como la traducción de los mismos al idioma inglés (*Abstract* y *Key Words*).
- Texto, que debe ceñirse a las indicaciones del sumario.
- Referencia bibliográfica: donde se incluyen cada uno de los documentos citados en el texto.

Al momento de citar en el texto, deben tenerse en cuenta los siguientes criterios:

El apellido del autor y el año de publicación de la obra, así como la página citada, se incluyen en paréntesis dentro de la oración. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, pág. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis incluye solo el año y la página. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011, pág. 3).

Si la obra tiene más de dos autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, mientras que las citas subsiguientes incluirán solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, pág. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, pág. 3).

Los textos legales (ley, decreto, resolución, etc.) y religiosos (Biblia, Corán, etc.) citados en la obra, así como las referencias a comunicaciones personales o entrevistas, se citan en el texto pero no se incluyen en la lista final de referencias bibliográficas.

La citación de documentos electrónicos debe incluir el DOI si este lo tiene. No debe indicarse la fecha de consulta y debe figurar la URL del documento, sin punto al final.

Cuando aparezca por primera vez en el texto una abreviatura o sigla, deberá especificarse seguidamente, y entre paréntesis, el término completo al cual hace referencia. En lo sucesivo se escribe solo la sigla o abreviatura correspondiente.

En forma general, y con especial cuidado al momento de la citación, debe utilizarse para tales efectos, comillas simples.

Al final del texto se incluirán las referencias bibliográficas, en donde sólo, se indicarán las fuentes que se usaron en el texto. Esto se presentará en orden alfabético; las obras de un mismo autor se ordenarán cronológicamente.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos del modo de indicar las referencias bibliográficas:

### **LIBRO:**

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. Recuperado de <http://www.xxxxxx.xxx>

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. DOI: xx.xxxxxxxx

Apellidos, A. A. (Ed.). (Año). *Título*. Ciudad: Editorial.

### **CAPÍTULO DE LIBRO COLECTIVO:**

Apellidos, A. A. & Apellidos, B. B. (Año). Título del capítulo o la entrada. En Apellidos, A. A. (Ed.), *Título del libro* (pp. xx-xx). Ciudad: Editorial.

### **ARTÍCULO DE REVISTA:**

Apellidos, A. A., Apellidos, B. B. & Apellidos, C. C. (Fecha). Título del artículo. *Título de la publicación*, volumen (número), pp. xx-xx. doi: xx.xxxxxxx

### **DOCUMENTOS INSTITUCIONALES:**

Human Right Watch. *Trabajadores sexuales en riesgo, 2012*. Washington, DC: U.S. Government Printing Office. Recuperado de <http://www.hrw.org/es/reports/2012/07/19/trabajadores-sexuales-en-riesgo>

### **TESIS:**

Apellidos, A. A. (Año). *Título*. (Tesis inédita de pregrado, maestría o doctorado en ---Derecho --- Sociología ----- Psicología ---etc.----). Nombre de la institución, Localización.

### **DOCUMENTO ELECTRÓNICO:**

Roxin, C. (2012). El concepto de bien jurídico como instrumento de crítica legislativa sometido a examen. *Revista electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 15 (01),1-27. Recuperado de <http://criminnet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

### **SENTENCIAS NACIONALES:**

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-230 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 45987 (2011)

Consejo de Estado, Radicación 10009987765555, 5 de septiembre (2010)

### **SENTENCIAS INTERNACIONALES:**

Nombre vs. Nombre, Dato identificador (Año)

## **PERIÓDICO:**

Kalmanovitz, S. (2013, 06 de enero). Lo que quedó de la reforma tributaria. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/opinion/columna-395410-queda-de-reforma-tributaria>

## **DERECHOS DE REPRODUCCIÓN:**

Los artículos que se reciben deben ser inéditos y originales, no deben haber sido publicados parcial o totalmente, salvo los textos que solo hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación original).

La Revista Estudios de Derecho permite la reproducción total o parcial de los artículos con fines académicos, siempre y cuando se cite la fuente y se haga llegar a la Revista una copia de la publicación.

Ante cualquier inquietud adicional, favor comunicarse con la Revista al siguiente correo electrónico: [revistaestudiosdederecho@gmail.com](mailto:revistaestudiosdederecho@gmail.com)

## **REVISTA ESTUDIOS DE DERECHO**

**FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS**

**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

**Ciudad Universitaria: Calle 67 No 53 - 108, bloque 14. Medellín (Colombia)**

**Teléfono: (574) 219 58 55**

**Correos electrónicos: [revistaestudiosdederecho@gmail.com](mailto:revistaestudiosdederecho@gmail.com)**

**Página web: <http://revinut.udea.edu.co/index.php/red>**





# ÍNDICE

## EDITORIAL

- Raúl Humberto Ochoa Carvajal*..... 17
- El régimen subsidiado pensional en Colombia: un análisis desde la eficacia del principio de universalidad**
- Sandra Patricia Duque Quintero*  
*Marta Lucia Quintero Quintero*  
*Natalia Eugenia Gómez Rúa* ..... 19-44
- El derecho como recurso estratégico con función legitimadora, distributiva y emancipadora en las políticas públicas territoriales: la política pública de desplazamiento forzado del municipio de Medellín**
- Jonathan Alejandro Murcia*  
*James Gilberto Granada Vahos*..... 45-72
- El dolo eventual en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia: periodo 1980-2011**
- Vanezza C. Escobar Behar*  
*Sebastián Monsalve Correa* ..... 73-100
- Ciencia, tecnología e innovación en el marco del sistema general de regalías y sus aportes a la solución del conflicto colombiano**
- Leonor Hidalgo Ciro* ..... 101-123
- Crítica a las principales teorías del consenso contractual: John Rawls y Jürgen Habermas**
- John Alexis Rengifo Carpintero* ..... 125-137

**La incapacidad civil de la mujer casada en Colombia**  
**Conceptos de la doctrina jurídica en Medellín 1887-1930**

*María Virginia Gaviria Gil*

*Laura Daniela Alzate Tobón*

*Camilo Espinal Arango*

*Diana Paola Gil Guzmán*

*José Jaime Posada Molina*

*Juan Pablo Restrepo Upegui*..... **139-160**

**Informe final de la investigación: “pertinencia e impacto social de la investigación jurídica: el caso del programa de derecho de la Universidad de Antioquia 1992-2009”**

*Nora Alba Cossio Acevedo* ..... **161-183**

**Innovación. Concepto y retos en el ámbito universitario**

*Adriana María Restrepo Ospina*..... **185-211**

**La interpretación constitucional en el sistema jurídico mexicano**

*Javier Rascado Pérez*

*Bernardo García Camino* ..... **213-235**

**La responsabilidad civil en el estatuto del consumidor**

**Las garantías de calidad, idoneidad, y seguridad de los productos**

*Daniel Ossa Gómez* ..... **237-264**

**Militarización de la seguridad ciudadana en Medellín**

*Camilo Yarce Mazo* ..... **265-290**

**Política de seguridad democrática: avatares jurisprudenciales**

*Néstor Raúl Arturo Dorado*..... **291-321**

**El estudio de las relaciones entre niveles de gobierno desde las relaciones intergubernamentales y la gobernanza multinivel**

*Olga Lucía Zapata Cortés*..... **323-344**

**Decretos de corrección de yerros o cómo legislar mediante un decreto formalmente administrativo**

**Análisis del decreto 1736 de 2012 por medio del cual se “corrigen” yerros al código general del proceso (ley 1564 de 2012)**

*Julián Alberto Hincapié Restrepo*

*Jhon Fredy Ríos Agudelo* ..... **345-365**

## EDITORIAL

### SOBRE EL CENTENARIO DE ALBERT CAMUS

En 1913 nació en Mondovi (Argelia) ese “extraño” pensador y escritor que en 1957 fuera galardonado con el premio nobel de literatura. Durante su estancia en París vivió dos circunstancias históricas difíciles: la segunda guerra mundial y la lucha por la liberación del pueblo argelino, sus hermanos. Estos dos hechos lo marcaron profundamente como que hizo parte de la Resistencia en París y además vivió en carne propia las contradicciones del movimiento de liberación argelino, pues siendo de esa nacionalidad también se sentía francés. Y a pesar de las simpatías que sentía por sus hermanos argelinos, repudiaba los métodos violentos que utilizaban lo que le generó serias animadversiones. Durante su vida en París tuvo que ver muy de cerca con personajes como Francois Mouriac, André Malraux, Andrés Bretón, Jean Paul Sartre y Simone de Beauvoir, Arthur Koestler, Raymond Arond, Maurice Merleau Ponty. Su obra recogida en ensayos, teatro y narraciones, está permeada por algunas ideas centrales: el sentido de la vida (El mito de Sísifo y El Extranjero), la rebeldía (El hombre Rebelde), la solidaridad (La Peste) y la justicia (La Caída y Los Justos).

Y, ¿qué sentido tiene que una Revista jurídica editorialice sobre este pensador hijo del Mediterráneo? La respuesta está en esa estrecha relación de Camus con los valores propios de los abogados, como lo son la justicia y la solidaridad.

Una lectura desprevenida de El extranjero, genera la impresión de que su autor fuera un abogado, por la manera como penetra en la personalidad de Mersault (mar y sol), el protagonista. Por la manera como señala las encerronas judiciales de un proceso, al estilo del otro abogado, Franz Kafka, en su obra cumbre, así llamada: El Proceso. Camus nos señala con una riqueza literaria admirable, como en un juez pueden incidir prejuicios sociales que lo conduzcan a sentencias en un sentido o en otro. En la novela que comentamos aparece claro que a Mersault lo condenan, en gran medida, por el comportamiento que exhibió el día en que murió su madre; a ello apuntan las expresiones sobre el sindicato dadas por el fiscal y el juez. Es esta obra literaria expresión artística de ciertas realidades procesales absolutamente enriquecedoras para los estudiantes de derecho y los abogados. Para los criminólogos, hay allí una rica veta en el alma del delincuente Mersault y su comportamiento, tanto al momento de cometer el delito como a través del proceso que se le adelanta.

Y si esto ocurre con El Extranjero, qué decir de La Caída. El personaje, Jean Baptiste Clamence, es un abogado defensor de mucho éxito, que se mueve en un ambiente

social de doble moral “...Desde luego, yo tenía principios y, por ejemplo, la mujer de los amigos era sagrada. Simplemente dejaba, unos días antes, la amistad de los amigos...la cuestión es evitar el juicio. Evitar siempre ser juzgado. Pero para ser feliz no hay que ocuparse excesivamente de los demás...Comprendí, entonces, a fuerza de excavar en mi memoria, que la modestia me ayudaba a brillar, la humildad a vencer y la virtud a oprimir... Conocí a un novelista ateo que rezaba todos los días. Eso no importaba nada: ¡Qué tenía que ver Dios con sus libros!...” Pero el abogado Clamence fue derrotado por su conciencia agujoneada por un valor permanente en Camus, soporte de cualquier moral, como lo es la solidaridad y ante un comportamiento suyo carente de solidaridad , se produce lo que da el nombre a su conmovedora obra: La Caída. El hecho se produjo así: una noche al pasar Clamence por uno de los puentes del río Sena, en París, oyó el ruido de una mujer que cayó al río y no fue capaz de reaccionar. Su inacción, contraria a una actitud solidaria que lo hubiera motivado a hacer algo, le generó un sentimiento de culpa tal, que no fue capaz de seguir su vida de abogado exitoso. Lo que nos quiere indicar Camus es que los abogados tienen que cumplir una función social, o de lo contrario su ejercicio profesional se torna en un camino de enriquecimiento personal ajeno a la ética y a la estética. Esto lo percibió Camus y lo desarrolló en esa conmovedora novela La Caída.

Por el contrario, otro personaje de Camus, el médico Rieus, nos ofrece un testimonio claro de la fuerza que puede tener el valor de la solidaridad como un compromiso ético y de vida, en la novela La Peste. Rieus sabe que ante la peste o se huye o se afronta. No hay más opciones, con el hecho claro de que si se afronta lo más probable es resultar contaminado. Opta por lo segundo, y a pesar de ser ateo, es su ética basada en la solidaridad la que lo mueve a actuar a favor de los demás hasta jugarse su vida. Camus propugna por una ética civil sin compensaciones en la otra vida, como buen existencialista, sin mandamientos distintos a la entrega por el otro. Es la reivindicación más significativa de la solidaridad a través de un personaje literario.

La solidaridad, la moral, la justicia, la estética son los valores que reivindica Camus. Pero, al decir de Georges Hourdín (Camus el justo. 1960 ), es la justicia lo que más lo atrae. La justicia humana.

Por todo lo anterior, rescatamos para los abogados el mensaje de Albert Camus, recogido en su extraordinaria obra que se cerró en 1960 con un absurdo accidente de tránsito, cuando apenas contaba con 47 años de edad.



Título: Heliconia  
Técnica: Acrílico sobre papel  
Dimensión: 24 x 33 cm

# ***EL RÉGIMEN SUBSIDIADO PENSIONAL EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DESDE LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD\****

\* Este artículo es producto del proyecto de investigación “*La eficacia del principio de universalidad en el régimen subsidiado pensional, el caso en Medellín durante el periodo 2003-2008*”, financiado por el Comité para el Desarrollo de la Investigación-CODI- de la Universidad de Antioquia. Participaron como auxiliares de investigación los estudiantes Hermes Hoyos, Sandra Milena Naranjo y el abogado Álvaro Villadiego.

Fecha de recepción: agosto 12 de 2013  
Fecha de aprobación: octubre 4 de 2013

## EL RÉGIMEN SUBSIDIADO PENSIONAL EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DESDE LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

*Sandra Patricia Duque Quintero*\*\*

*Marta Lucia Quintero Quintero*\*\*\*

*Natalia Eugenia Gómez Rúa*\*\*\*\*

### RESUMEN

Este artículo de investigación tiene por objeto analizar el régimen subsidiado pensional mirado desde la eficacia del principio de universalidad, con el propósito de evidenciar que tanto este régimen se constituye en una herramienta eficaz para que los trabajadores independientes urbanos, rurales, madres comunitarias y personas en situación de discapacidad puedan acceder a una pensión. La investigación adopta un enfoque cualitativo, con un alcance de carácter descriptivo, acudiendo para este efecto a fuentes normativas, doctrinales, jurisprudenciales. A partir del análisis de la información obtenida, fue posible determinar cómo desde la norma se establecen límites que hacen que el régimen subsidiado no sea una herramienta eficaz para que sus beneficiarios puedan acceder a una pensión.

**PALABRAS CLAVE:** subsidiado, pensiones, universalidad, eficacia.

### THE PENSION SYSTEM IN COLOMBIA: AN ANALYSIS OF THE EFFECTIVENESS SINCE THE UNIVERSALITY PRINCIPLE. ABSTRACT

This research paper aims to analyze the subsidized pension watched from the effectiveness of the principle of universality, in order to show that both the regime is an effective tool for freelancers urban, rural, community mothers and people in with disabilities have access to a pension. The research adopts a qualitative approach, with a range of descriptive nature, going for this effect normative source, doctrinal, jurisprudential. From the analysis of the information obtained, it was possible to determine how, from the standard set limits that make the subsidized regime is not an effective tool that beneficiaries have access to a pension.

**KEYWORDS:** subsidized, pensions, universality, efficiency.

---

\*\* Doctora en Educación, Magister en Derecho, Especialista en Gestión ambiental y Abogada de la Universidad de Antioquia, profesora vinculada a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, Coordinadora de la Línea de investigación Derecho Laboral y de la Seguridad Social, Grupo Derecho y Sociedad, Reconocido, Colciencias. Investigadora Grupo DIDES, Reconocido, Colciencias. Email: sanduque@derecho.udea.edu.co. Dirección correspondencia: Calle 70 No 52-21, Bloque 14-of-412. Dirección postal: 1226, Universidad de Antioquia.

\*\*\* Doctora en Ciencias Pedagógicas, Magister en Educación: Sociología de la Educación, Especialista en Educación Personalizada, Licenciada en Geografía. Profesora de la Facultad de Educación de la Universidad de Antioquia. Grupo de investigación DIDES, Reconocido, Colciencias Email: mquinte@ayura.udea.edu.co. Dirección correspondencia: Calle 70 No52-21, Bloque 9- of-144. Dirección postal: 1226, Universidad de Antioquia.

\*\*\*\* Magister en Derecho. Especialista en Derecho de la Seguridad Social. Abogada. Profesora CES y Universidad de Antioquia. Grupo Derecho y Sociedad, Reconocido, Colciencias E-mail: nataliaegomez@hotmail.com. Dirección correspondencia: calle 10 A No 22-04, CES.

# EL RÉGIMEN SUBSIDIADO PENSIONAL EN COLOMBIA: UN ANÁLISIS DESDE LA EFICACIA DEL PRINCIPIO DE UNIVERSALIDAD

## 1. INTRODUCCIÓN

La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe que “*se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*”. La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues diferentes instrumentos reconocen el derecho de las personas a la seguridad social. Así, por ejemplo, el artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que “*Todo individuo tiene derecho a la seguridad social para que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, la vejez y la incapacidad*”. De manera similar, el artículo 9° No 1, del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales enuncia: “*Toda persona tiene derecho a la seguridad social para que la proteja contra las consecuencias de la vejez y la incapacidad que le imposibilita física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes*”.

De esta manera, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales este debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social (Corte Constitucional de Colombia, 2004).

El fin de una pensión de invalidez, vejez o muerte es proveer a las personas que se ven afectadas por una de tales contingencias, la posibilidad de tener las mínimas

condiciones necesarias para llevar una vida digna. Ese postulado ético, que envuelve una razón política y una concepción filosófica sobre los fines de la sociedad civil, implica un compromiso activo del Estado para su plena realización, puesto que del mismo se desprende el imperativo de la Universalidad. La diferencia entre la concepción del seguro social como derecho prestacional y la de la seguridad social como derecho humano fundamental, resulta determinante en la forma como se concibe y desarrolla un sistema pensional, al punto que hoy en Colombia es posible afirmar que esa discusión es uno de los ejes centrales del debate.

En este sentido, a través de la Ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones excluyentes que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad. Según esta estructura, el Sistema General de Pensiones colombiano, fue pensado y organizado primordialmente para los asalariados del sector formal de la economía, cuando es una realidad, que el país posee niveles extremos de informalidad, y la situación de la cobertura en pensiones es baja y tiende a empeorar por causa del desempleo y el aumento constante de formas precarias de trabajo.

Si bien se consagra como un principio de la seguridad social integral el de universalidad, que presupone una garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida, y que implica un compromiso estatal de ampliar la cobertura del régimen a todas las personas y respecto de todos los riesgos que protegen los sistemas de seguridad social, esta es una meta por alcanzar. Para el caso pensional, el principio de universalidad utiliza como una de las estrategias para materializarse el Fondo de Solidaridad Pensional, creado por la Ley 100 de 1993 y que tienen como fin subsidiar los aportes al régimen general de pensiones de los trabajadores independientes, madres comunitarias y discapacitados de los sectores rurales y urbanos, que carecen de los recursos suficientes para efectuar la totalidad del aporte, sin embargo, los requisitos legales para ser beneficiario o permanecer en este, permiten plantear una tensión en cuanto a la eficacia real del mismo y el logro de una pensión por parte de las personas más vulnerables de la sociedad.

Es importante señalar que desde que inicia el régimen subsidiado pensional, los requisitos exigidos por la ley y sus decretos reglamentarios, no han permitido que todas las personas vulnerables puedan acceder al subsidio. De esta manera, teniendo en cuenta la actual coyuntura económica y política por la que atraviesa el país, se indaga por el rango que un principio como el de la universalidad puede exhibir, en el marco de la normatividad existente para el sistema de solidaridad pensional.

Así, este artículo de investigación se estructura a partir de 3 acápite: En el primero se describirá la universalidad como principio articulador de la Seguridad Social, en el segundo se estudiará el desarrollo normativo que ha tenido el régimen subsidiado pensional y por último se realizará a modo de conclusión una reflexión acerca de la eficacia del régimen subsidiado pensional.

## **2. LA UNIVERSALIDAD COMO PRINCIPIO ARTICULADOR DE LA SEGURIDAD SOCIAL**

La universalidad es un principio que en política social se enfoca a toda la sociedad de manera general, sin distingos de clase, religión, edad, raza, orientación sexual, o género. La política social universalista es un enfoque institucional redistributivo, el cual considera al bienestar social como una institución muy importante integrada en la sociedad, que proporciona servicios generales fuera del mercado basándose en el principio de necesidad (Titmuss, 1981, pág. 39).

Beveridge (1946) introdujo este principio como “comprensividad en la cobertura de las personas” (pág.25) y lo considera un instrumento para abolir la pobreza. Por su parte, la Declaración de Filadelfia de 1944 proclamó que todos los miembros de la comunidad deberían ser cubiertos, de ahí la necesidad de extender las medidas de seguridad social para garantizar ingresos básicos a quienes lo necesiten. Por otra parte, una Recomendación de la Organización Internacional del Trabajo-OIT- de 1944 establece que el seguro social debería proteger a todos los asalariados y trabajadores independientes y a las personas a su cargo (Humblet & Silva, 2002).

Así, una primera característica en este principio es que no reconoce un límite fijo para los compromisos de bienestar público. El punto de vista fundamental en este enfoque es que el bienestar del individuo es responsabilidad del colectivo social y su límite está determinado por el momento en que el individuo haya resuelto el problema de bienestar social, en función de su posibilidad de ser socialmente productivo (Gosta Espring & Walter, 1987, págs. 42-43).

El universalismo promueve que todos los ciudadanos deben ser titulares de un estándar de vida decente y que todos los derechos de la ciudadanía deben ser garantizados incondicionalmente. Una segunda característica de este principio es que tiende a desmercantilizar las preferencias como la base económica del individuo, es decir, las mercancías no es lo único que genera bienestar en el individuo. En esta perspectiva prima la fortaleza de los derechos y el grado de comodidad de los individuos. Esto se evalúa de acuerdo a dos aspectos: el primero es cómo son satisfechas las necesidades humanas normales de los individuos, y si dichas ne-

cesidades se satisfacen o no a través de programas sociales; y el segundo aspecto es valorando que tan adecuado es el estándar de vida de la población. Una tercera característica del universalismo es que el Estado debe promover mecanismos de amplia solidaridad social en razón a que los beneficiarios de la política social es toda la población, base de la ciudadanía compartida. El universalismo en la política social es el derecho que reconoce a sus ciudadanos, el acceso gratis, o lo más barato que sea posible, y universalmente a aquellos bienes que son indispensables para ampliar las capacidades y lograr la libertad real (Gosta Espring & Walter, 1987, pág. 196).

El principio de universalidad significa específicamente que el derecho en cuestión se define para toda la población. Entrelazándose este principio con la igualdad y la no discriminación de individuos y grupos sociales vulnerables o socialmente excluidos. Es un principio en virtud del cual los beneficios de la seguridad social deben proyectarse sobre todos los integrantes de la población de un determinado país (Uthoff, 1999).

Así las cosas, la universalidad no es un principio autónomo, por el contrario, es un principio inescindible con la solidaridad y la igualdad, lo cual lo convierte en complejo, ya que supone vencer la discriminación tanto física como económica, en todas las direcciones que mancillen la dignidad humana. Al respecto el art. 2 literal b) de la Ley 100 de 1993, definió el principio de universalidad, como *“la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida”*. A simple vista, esta definición señala que todas las personas deben participar de los beneficios que consagra el Sistema de Seguridad Social, superando aquellas políticas públicas de carácter clasista y de protección exclusiva sobre las cuales se basan algunos modelos. De igual forma, el principio de la Universalidad, al tenor literal como fue consagrado, contiene dos connotaciones importantes que permiten establecer su alcance: en primer lugar respecto a la totalidad de la población, es decir, que la seguridad social debe garantizarse a todos los habitantes y a cada uno de los miembros del conglomerado de una sociedad organizada, sin distinción de raza, sexo, edad o clase social; en segundo lugar, la universalidad atiende a la cobertura de riesgos o contingencias sociales que se presentan en las etapas de la vida.

En cuanto a su desarrollo jurisprudencial, el principio de universalidad ha sido tratado en algunos pronunciamientos jurisprudenciales, así la Sentencia C-967 de 2003 de la Corte Constitucional, manifestó que *“el régimen de seguridad social en materia de pensiones tiene por objeto garantizar a la población el amparo contra las contingencias derivadas de la vejez, la invalidez o la muerte, mediante el reconocimiento de pensiones y prestaciones que se determinan en la ley, previo el lleno de ciertos requisitos que en ella misma se determinan para acceder a tales beneficios. En aplicación del principio de universalidad, pretende extenderse a todos los habitantes del territorio nacional. En tal virtud la afiliación al régimen hoy en día es obligatoria para todos los trabajadores dependientes e independientes”* (Corte Constitucional de Colombia, 2003).

Igualmente señala la Corte “el artículo 48 de la Constitución Política, establece los lineamientos generales del derecho a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Dentro de estos parámetros se enmarca el régimen de protección al desempleado y los subsidios que este establece, tendientes a garantizar un mínimo de derechos de aplicación inmediata”(Corte Constitucional de Colombia, 2006).

Indica la Corte en otro de sus pronunciamientos que el principio de universalidad trae inmerso el principio de solidaridad, cuando se habla de seguridad social, así: “nuestra concepción de la finalidad Social del Estado debe ir necesariamente más allá de la retórica. La Seguridad Social constituye un elemento indispensable para posibilitar unas condiciones de vida dignas. En este sentido es necesario consagrar en la Carta el derecho irrenunciable a la Seguridad Social, garantizado por el Estado a todos los habitantes del territorio Nacional (...). Ahora del artículo 48 superior sobresalen los tres principios: eficiencia, solidaridad y universalidad (...). Y la universalidad es el principio relacionado con la cobertura de la seguridad social pues señala que es para todas las personas. Ello es natural porque si, como se estableció, la dignidad es un atributo y un fin inherente de la persona, no es entonces concebible que unas gocen de vida digna y otras no” (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

Es importante anotar que la Organización Internacional del Trabajo-OIT- declaró la universalidad como el mayor reto que confrontan los sistemas de seguridad social, y acordó renovar la campaña para mejorar y extender la cobertura a quienes la necesiten, y define que cada país debe determinar una estrategia nacional que logre la seguridad social para todos (Organización Internacional del Trabajo, 2002).

Es así, como en virtud del principio de universalidad, en el cual la cobertura a la seguridad social debe ser para todas las personas del territorio nacional, en Colombia se crea el llamado Fondo de Solidaridad Pensional, el cual permite subsidiar los aportes para pensiones de aquellos grupos poblacionales que carecen de recursos económicos.

### **3. REGIMEN SUBSIDIADO PENSIONAL O FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL**

La Constitución de 1991, a través del artículo 48, entregó al legislador la facultad de configuración del Sistema General de Seguridad Social que comprende dentro de su estructura, el Sistema General de Pensiones, y éste, dando aplicación de los principios de solidaridad y universalidad, consagrados en la norma constitucional citada, creó a través de la Ley 100 de 1993, artículos 25 al 30, el Fondo de Solidaridad Pensional, también conocido como el “Régimen Subsidiado Pensional”, que tiene por

objeto “subsidiar los aportes al Régimen General de Pensiones de los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte” (Congreso de Colombia, 1993), y en definitiva, ampliar la cobertura en materia pensional, mediante el otorgamiento de subsidios a sectores de la población, que por sus condiciones socioeconómicas, no tienen acceso al Sistema General de Pensiones.

Su instauración se enmarca en el artículo 25 de la Ley 100 *ibídem*, que señaló: “créase el Fondo de Solidaridad Pensional, como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, adscrita al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social (...)”. Y se le otorga competencia al gobierno Nacional, para reglamentar aspectos relacionados con su administración, funcionamiento y destinación de los recursos del Fondo. Así, a través del decreto 1127 de 1994, del decreto 1135 de 2003 y del decreto 569 de 2004 se regularon la administración y funcionamiento del fondo del Fondo de Solidaridad Pensional.

El Fondo de Solidaridad, se creó inicialmente como una cuenta especial, pero a través de la Ley 797 de 2003, artículo 13 literal i), se adiciona una subcuenta de subsistencia al Fondo de Solidaridad Pensional, destinada a la protección de las personas en estado de indigencia o de pobreza extrema, mediante un subsidio económico, cuyo origen, monto y regulación se establece en la citada ley. Es por ello, que en la actualidad el Fondo de Solidaridad Pensional, está conformado por dos subcuentas, la subcuenta de solidaridad y la subcuenta de subsistencia.

De igual manera, estableció el legislador dentro de su margen de configuración legislativa, que los recursos serían administrados en fiducia por las sociedades fiduciarias de naturaleza pública, preferencialmente por las sociedades fiduciarias del sector social solidario, o por administradoras de fondos de pensiones y/o cesantía del sector social solidario (Presidencia de la República, 1994). Así, a través de Contrato de Fiducia 023 de 1995, suscrito con el Ministerio de Trabajo, se creó el Consorcio Prosperar, como administrador fiduciario del Fondo de Solidaridad Pensional.

Ahora bien, sobre las fuentes de financiación del Fondo, es importante anotar que en principio, la Ley 100 de 1993, estableció en el artículo 27, que las fuentes de financiación del fondo de solidaridad consistían en: “a) la cotización adicional del 1% sobre el salario, a cargo de los afiliados al Régimen General de Pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes; b) Los aportes del presupuesto nacional, los cuales no podrán ser inferiores a los obtenidos anualmente por concepto de las cotizaciones adicionales a que se refiere el literal anterior, y se liquidarán con base en lo reportado por el fondo en la vigencia del año inmediatamente anterior, actualizados con base en la variación del índice de precios al consumidor, certificado por el DANE; c) Los recursos que aporten las entidades

territoriales para planes de extensión de cobertura en sus respectivos territorios o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados; d) Las donaciones que reciba, los rendimientos financieros de sus excedentes de liquidez, y en general los demás recursos que reciba a cualquier título; e) Las multas a que se refieren los artículos 111 y 271 de la presente Ley. Parágrafo. Anualmente, en el presupuesto general de la nación, se incluirá la partida correspondiente a los aportes que debe hacer el Gobierno Nacional al Fondo”. Sin embargo, la Ley 797 de 2003, en el artículo 27, dividió la forma como se obtenían las fuentes de financiamiento del Fondo de Solidaridad pensional, al fragmentarlo en dos subcuentas, la de solidaridad y la de subsistencia, definiendo su manejo de manera separada, definiendo para la Subcuenta de solidaridad las siguientes fuentes de financiación: a) El cincuenta por ciento (50%) de la cotización adicional del 1% sobre la base de cotización, a cargo de los afiliados al sistema general de pensiones cuya base de cotización sea igual o superior a cuatro (4) salarios mínimos legales mensuales vigentes; b) Los recursos que aporten las entidades territoriales para planes de extensión de cobertura en sus respectivos territorios, o de agremiaciones o federaciones para sus afiliados; c) Las donaciones que reciba, los rendimientos financieros de sus recursos, y en general los demás recursos que reciba a cualquier título, y d) Las multas a que se refieren los artículos 111 y 271 de la Ley 100 de 1993. Y de la misma manera se establecen unas fuentes de financiamiento para la subcuenta de subsistencia.

En este punto, es importante registrar que en la Ley 100 de 1993, se consagran los Servicios Sociales Complementarios, estableciendo un programa de auxilios para ancianos indigentes que cumplieran con los requisitos establecidos en el artículo 257 y en el Decreto 1135 de 1994, y se señala que la financiación del programa se realiza con “los recursos del presupuesto general de la Nación que el CONPES destine para ello anualmente y con los recursos que para tal efecto puedan destinar los Departamentos, Distritos y Municipios”. Es decir, el programa en primera instancia se financió con recursos del presupuesto nacional, sin embargo, como se anotó anteriormente, partir de la Ley 797 de 2003, se crea la subcuenta denominada “Subsistencia” para dar un auxilio económico a los ancianos indigentes -no una pensión-, es decir le dan una destinación diferente a la cuenta del Fondo de Solidaridad Pensional, que hasta el momento era solo para subsidiar los aportes para que la población beneficiaria pudiera alcanzar una pensión. Aunado a esto, desde cuando se inicia el Fondo de solidaridad pensional, los requisitos exigidos por la ley y sus decretos reglamentarios, no han permitido que todas las personas vulnerables puedan acceder al subsidio.

### **3.1 BENEFICIARIOS DEL FONDO DE SOLIDARIDAD PENSIONAL**

El artículo 26 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1º del decreto 1127 de 1994, define a los beneficiarios del Régimen Subsidiado Pensional de la siguiente

manera: “los trabajadores asalariados o independientes del sector rural y urbano que carezcan de suficientes recursos para efectuar la totalidad del aporte, tales como artistas, deportistas, músicos, compositores, toreros y sus subalternos, la mujer microempresaria, las madres comunitarias, los discapacitados físicos, psíquicos y sensoriales, los miembros de las cooperativas de trabajo asociado y otras formas asociativas de producción”(Presidencia de la República, 1994)”. El artículo bien podría definir una lista taxativa de beneficiarios, sin embargo, si se hace una lectura del artículo 30 de la Ley 100 *ibidem*, se desprende que las trabajadoras del servicio doméstico también son beneficiarias potenciales del Fondo de Solidaridad Pensional, motivo por el cual, el primer precepto se convertiría solo en una lista enunciativa.

El inciso 5° del artículo 26 de la Ley 100 *ibidem*, establece que el porcentaje a subsidiar del aporte podrá ser variable, en ciertos periodos y por actividad económica, y que deberá tenerse en cuenta la capacidad económica de los beneficiarios y la disponibilidad de recursos del Fondo (Congreso de Colombia, 1993). Además, se dispone que el salario máximo base de cotización para realizar los aportes al Sistema General de Pensiones, es el salario mínimo. También se instituyen las condiciones necesarias para poder acceder al subsidio, y al respecto se señala que “para hacerse acreedor al subsidio el trabajador deberá acreditar su condición de afiliado del Régimen General de Seguridad Social en Salud, y pagar la porción del aporte que allí le corresponda (Congreso de Colombia, 1993)”. En el evento en que el afiliado haya recibido subsidios del Fondo de Solidaridad Pensional, pero exceda de los 65 años de edad y no cumpla con los requisitos mínimos para acceder a una pensión de vejez, la entidad administradora respectiva devolverá el monto de los aportes subsidiados con los correspondientes rendimientos financieros a dicho Fondo, devolución que deberá efectuarse dentro de un término no superior a 30 días calendario (Presidencia de la República, 1994).

Es importante anotar que con la expedición del decreto 1127 de 1994, se le otorgó una función fundamental al Consejo Nacional de Política Económica y Social -CONPES- consistente, en ser el organismo encargado de diseñar el plan de extensión de cobertura, permitiéndole establecer los grupos de la población rural y urbana beneficiarios de los subsidios, el monto máximo de los mismos, el tiempo por el cual serán otorgados y las modalidades en que serán concedidos (Presidencia de la República, 1994).

A continuación se describirán los planes de cobertura anual que inicialmente se establecieron en los documentos CONPES y que están relacionados con el Fondo de Solidaridad Pensional, en los cuales se dará cuenta de los cambios y transformaciones realizados a los requisitos para acceder al subsidio.

### 3.1.1 Planes de cobertura inicial

Los subsidios que otorga el Fondo de Solidaridad Pensional, por expresa disposición del artículo 26 de la Ley 100 de 1993, se comenzaron a otorgar a partir del 1 de enero de 1995, por lo cual, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, CONPES, el 21 de diciembre de 1994, estableció el plan de extensión de cobertura para el año de 1995, a través del documento CONPES 2753. En este documento se señaló que el ciclo de vida laboral de los trabajadores urbanos en Colombia se caracteriza porque los jóvenes empezaban como asalariados en microempresas, que luego pasaban al sector formal como asalariados (donde cotizaban a la seguridad social por algunos años) y terminaban su vida laboral trabajando como cuenta propia y pequeños patronos del sector informal. Así, se estableció como beneficiarios una población muy especial como lo son los trabajadores mayores pertenecientes al sector informal, siempre y cuando hubiesen cotizado al sistema general de pensiones” (Departamento Nacional de Planeación, 1994). También se definen otros beneficiarios como los trabajadores discapacitados, madres comunitarias y miembros de cooperativa de trabajo asociado, con el cumplimiento de unos requisitos específicos para cada grupo a fin de poder ser acreedores del subsidio, tal como se mostrara a continuación en las tablas 1, 2 y 3.

Tabla 1. Requisitos trabajadores sector informal y asociados

<b>TRABAJADORES ASALARIADOS O INDEPENDIENTES, MIEMBROS DE CTA, EAT Y DEMÁS ASOCIACIONES</b>						
<b>Población</b>	<b>Edad/Años</b>	<b>Ingreso Máximo</b>	<b>Afiliado Salud?</b>	<b>Semanas cotizadas</b>		
Urbanos	>40 y <65	1 SMLMV	SI	Edad	Semanas	
				40-49	500	
				50-55	600	
				56-60	700	
				61-64	800	
Rurales	>20	1 SMLMV	SI	N/A		

\* N/A: No aplica

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

Tabla 2. Requisitos trabajadores discapacitados

DISCAPACIDAD FÍSICA, PSÍQUICA O SENSORIAL					
Población	Edad/Años	Ingreso Máximo	Afiliado Salud?	Semanas cotizadas	
Urbanos	> 20	1 SMLMV	SI	Edad	Semanas
				40-49	500
				50-55	600
				56-60	700
				61-64	800
Rurales	>20	1 SMLMV	SI	N/A	

\* N/A: No aplica

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

Tabla 3. Requisitos otros trabajadores beneficiarios

MADRES COMUNITARIAS Y SERVICIO DOMÉSTICO				
Población	Edad/Años	Ingreso Máximo	¿Afiliado Salud?	Semanas cotizadas
Madres co-munitarias	N/A	N/A	SI	N/A

a) N/A: No aplica

b) A las madres comunitarias no se les exige semanas, pero si un año de servicio.

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

A su vez, el artículo 28 de la Ley 100 de 1993 estableció que el monto del subsidio debía ser calculado sobre un porcentaje de la cotización. La tabla 4 muestra el monto y temporalidad del subsidio.

Tabla 4. Monto, modalidad y temporalidad del subsidio

TEMPORALIDAD Y PARCIALIDAD DEL SUBSIDIO		
Población	Monto	Tiempo
Trabajador urbano	70%	5 años
Trabajador rural	70%	10 años
discapacitados	70%	10 años
Madres comunitarias	70%	10 años

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

Para el año de 1996, se mantiene el mismo grupo de beneficiarios que se tenía para el año anterior, y se modifican requisitos para cierto grupo poblacional, así, en el documento CONPES 2833 de 1996, se establece que para ser beneficiario del Fondo de Solidaridad Pensional, se debía estar afiliado al régimen subsidiado de salud, pero en vista que dicho régimen aún no se encontraba estructurado administrativamente, bastaba con estar plenamente identificado en el SISBEN. De la misma manera, el citado documento contempló que se perdía el derecho al subsidio si el beneficiario dejaba de realizar la cotización respectiva durante dos meses consecutivos (Departamento Nacional de Planeación, 1996).

A continuación en la tabla 5, se observa los beneficiarios, requisitos y los cambios establecidos con respecto al año anterior.

Tabla 5. Cobertura beneficiarios urbanos año 1996

<b>TRABAJADORES ASALARIADOS O INDEPENDIENTES, MIEMBROS DE CTA, EAT Y DEMÁS ASOCIACIONES</b>					
<b>Población</b>	<b>Edad</b>	<b>Ingreso máximo</b>	<b>Tiempo de subsidio</b>	<b>Semanas cotizadas</b>	<b>% subsidio</b>
Trabajador Informal asalariado o independiente	>40 y <65 M >35 y <65 F	1 smmlv	500 semanas	500	70%
Miembros CTA	>35F; >40H	1 smmlv	500 semanas	500	70%
Formas Asociativas de Producción	>35F; >40H	1 smmlv	500 semanas	500	70%

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

En relación con la cobertura inicial, de acuerdo a la tabla 5, la edad requerida de los trabajadores asalariados o independientes del sector informal se mantiene entre los mayores de 40 años y los menores de 65 años. La diferencia con las nuevas condiciones, es que las mujeres que quisieran optar por el beneficio solo se le exigía tener más de 35 años. En términos de edad, la misma diferenciación se hizo para las mujeres pertenecientes a las cooperativas asociadas de trabajo y demás formas asociativas de producción. En lo concerniente al porcentaje del subsidio, se mantiene el 70% estipulado en la cobertura del año 1995. Un gran cambio que favorece a estos beneficiarios, es que las semanas previas cotizadas dejan de ser definidas de acuerdo a la edad, y para todos se exige como mínimo, 500 semanas cotizadas al

sistema de pensiones. En lo que respecta a la temporalidad del subsidio, este tipo de beneficiarios pasa de cinco (5) años, a 500 semanas de cotización.

En la tabla 6, se observa que la edad mínima se aumenta y pasa de ser mayor de 20 años, a mayor de 35 años si son mujeres o mayor de 40 años si son hombres. En lo que respecta a la edad máxima, aunque en la cobertura del año anterior no se definió, para el año de 1996 se requiere que sea menor de 65 años. Para este tipo de beneficiarios no se establece semanas previas de cotización y el porcentaje del subsidio se mantiene en 70%, lo que si se modificó fue la temporalidad del subsidio, que para el caso de los beneficiarios que estén inmersos en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sería de máximo 480 semanas de cotización. Para los que no alcanzaron a ser cobijados por la transición, el tiempo máximo de subsidio sería de 600 semanas de cotización.

Tabla 6. Cobertura beneficiarios rurales año 1996.

<b>TRABAJADORES INDEPENDIENTES, MIEMBROS DE CTA, EAT Y DEMÁS ASOCIACIONES</b>					
<b>Población</b>	<b>Edad</b>	<b>Ingreso máximo</b>	<b>Tiempo de subsidio</b>	<b>Semanas cotizadas</b>	<b>% subsidio</b>
Trabajador independiente y asalariado informal	>40 y <65 M	1 smmlv	CT-480 semanas.	N/A	70%
	>35 y <65 F		ST-600 semanas		
Miembros CTA	>40 y <65 M	1 smmlv	CT-480 semanas.	N/A	70%
	>35 y <65 F		ST-600 semanas		
Formas Asociativas de Producción	>40 y <65 M	1 smmlv	CT-480 semanas.	N/A	70%
	>35 y <65 F		ST-600 semanas		

N/A: No se exige semanas previas cotizadas a este tipo de población beneficiaria.

CT: Con transición

ST: Sin transición

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

En la tabla 7, se observa que la edad mínima requerida para este tipo de beneficiarios, pasó de ser mayor de 20 años a mayor o igual de 25 años. Un importante cambio se realiza en cuanto se elimina el requisito de las semanas previas cotizadas, ya que este tipo de beneficiarios no alcanzaba a cumplir las semanas exigidas en la cobertura de 1995 dependiendo de la edad.

Tabla 7. Cobertura trabajadores discapacitados año 1996.

TRABAJADORES DISCAPACITADOS DEL SECTOR URBANO Y RURAL					
Población	Edad	Ingreso máximo	Pérdida capacidad laboral	Tiempo de subsidio	% subsidio
Discapacitado sector urbano	>=25	1 smmlv	>= 50%	CT-480 semanas	90%
				ST-800 semanas	
Discapacitado sector rural	>=25	1 smmlv	N/A	CT-480 semanas	90%
				ST-800 semanas	

N/A: No aplica pérdida de capacidad laboral

CT: Con transición

ST: Sin transición

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

En lo que respecta a la pérdida de capacidad laboral, en el trabajador discapacitado del sector urbano debe ser mayor o igual al 50%, es decir, que a partir del año de 1996, se le empieza a exigir la condición de inválido con respecto a la exigencia del año anterior en donde debía tener menos del 50% de PCL. En cuanto al trabajador discapacitado del sector rural, no se exige pérdida de capacidad laboral. Se observa también, en comparación con el año anterior, que el porcentaje de subsidio pasa del 70% al 90% para los discapacitados tanto del sector urbano como del sector rural. Anteriormente los discapacitados del sector urbano y rural, mantenían el subsidio mientras estuviesen ejerciendo su actividad laboral, y a partir del año 1996, se establece un límite de 480 semanas para quienes estén inmersos en el régimen de transición, y de 800 semanas para quienes no lo tuvieran.

Para las madres comunitarias, tal como se observa en la tabla 8, la diferencia con respecto al año anterior estriba en el porcentaje del subsidio que pasa del 70% al 80%. Al igual que a los trabajadores discapacitados, la temporalidad del subsidio dependerá de si se está inmerso o no en el régimen de transición. Para el primer caso, el subsidio se dará por máximo 480 semanas, y para quien no tenga transición, el tiempo será de 600 semanas.

Al momento de establecerse “la cobertura para el año de 1997, se evidenció que a diciembre de 1996, el Fondo de Solidaridad Pensional contaba con 81.408 afiliados, una cifra muy baja en cuanto a la meta de las 330.000 personas que se esperaba que ingresaran como beneficiarios. En su diagnóstico, el Ministerio del Trabajo y

Tabla 8. Cobertura madres comunitarias año 1996.

MADRES COMUNITARIAS					
Población	Edad	Ingreso máximo	Tiempo de servicio mínimo	Tiempo de subsidio	% subsidio
Madre comunitaria	Cualquier edad	1 smmlv	1 año	CT-480 semanas ST-800 semanas	80%

CT: Con transición

ST: Sin transición

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

el Departamento Nacional de Planeación, se mostraron preocupados por la baja cobertura y entre los motivos principales plantearon que podría deberse a la exigencia de semanas previas de cotización”(Departamento Nacional de Planeación, 1997).

De esta manera, básicamente los cambios realizados para establecer la cobertura del año 1997 fueron dos: primero, se eliminó el requisito de las semanas previas cotizadas al sistema de pensiones para todos los grupos poblacionales del año anterior, y segundo, se aumentó al 95% el porcentaje de subsidio para los discapacitados tanto del sector urbano como del sector rural. Todas las demás condiciones y requisitos del año 1996 se mantuvieron. La eliminación del requisito de las semanas previas de cotización al sistema de pensiones permitió aumentar la población beneficiaria al subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional, ya que “a diciembre de 1997, el fondo tenía 161.072 afiliados más que al año 1996, es decir, la afiliación casi se triplicó y paso a tener 242.480 afiliados, de los 330.000 que se esperaba al cierre del año”(Departamento Nacional de Planeación, 1998).

En cuanto a los requisitos establecidos y a la población beneficiaria al Fondo de Solidaridad Pensional, para la cobertura del año 1998, puede observarse que se mantienen los mismos del año 1997, excepto unas variaciones en cuanto a la edad requerida y al porcentaje de subsidio. Así, en la tabla 9 se observa que el requisito de edad mínima para esta población baja en cinco años, pasándosele a exigir a las mujeres ser mayo de 30 años y a los hombres ser mayor de 35 años. Según el diagnóstico realizado por el Ministerio del Trabajo y el Departamento Nacional de Planeación, era necesario rebajar el requisito de la edad, ya que los trabajadores del área rural empezaban a laborar a muy temprana edad. El otro cambio radica en el aumento del porcentaje del subsidio que pasa del 70% al 90%. Para los trabajadores independientes o asalariados del sector informal, miembros de las cooperativas de trabajos asociados y pertenecientes a las formas de asociación de producción, del

área urbana, trabajadores discapacitados y madres comunitarias, se mantienen los requisitos establecidos para el año anterior.

Tabla 9. Cobertura beneficiarios rurales año 1998.

<b>TRABAJADORES INDEPENDIENTES, MIEMBROS DE CTA, EAT Y DEMÁS ASOCIACIONES</b>					
<b>Población</b>	<b>Edad</b>	<b>Ingreso máximo</b>	<b>Tiempo de subsidio</b>	<b>Semanas cotizadas</b>	<b>% subsidio</b>
Trabajador independiente y asalariado Informal	>35 y <65 M >30 y <65 F	1 smmlv	CT-480 semanas. ST-600 semanas	N/A	90%
Miembros CTA	>35 y <65 M >30 y <65 F	1 smmlv	CT-480 semanas. ST-600 semanas	N/A	90%
Formas Asociativas de Producción	>35 y <65 M >30 y <65 F	1 smmlv	CT-480 semanas. ST-600 semanas	N/A	90%

N/A: No se exige semanas previas cotizadas a este tipo de población beneficiaria.

CT: Con transición

ST: Sin transición

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

Los demás requisitos con respecto al año 1997 se mantienen hasta el año 2001, teniendo en cuenta que a partir del año de 1998, las personas con edad oscilante entre 60 y 65 años, para poder acceder al subsidio, debían faltarle máximo cinco años de cotizaciones para tener el derecho a la pensión.

El plan de cobertura para el año 2002, mantiene la población beneficiaria de los años anteriores y solo modifica la edad mínima requerida para los hombres y el porcentaje de subsidio para los trabajadores informales del sector urbano (Departamento de Planeación Nacional, 2002). Según se observa en la tabla 10, la edad mínima requerida para los hombres, se iguala a la misma exigida para las mujeres, es decir, mayor o igual a 35 años. Otro cambio sustancial tiene que ver con la temporalidad del subsidio que pasa de 500 a 600 semanas, y el porcentaje que se estipula según el número de semanas cotizadas y los parámetros establecidos por el Consejo Asesor del Fondo de Solidaridad Pensional y el Departamento Nacional de Planeación.

Tabla 10. Cobertura beneficiarios urbanos año 2002.

<b>TRABAJADORES ASALARIADOS O INDEPENDIENTES, MIEMBROS DE CTA, EAT Y DEMÁS ASOCIACIONES</b>					
<b>Población</b>	<b>Edad</b>	<b>Ingreso máximo</b>	<b>Tiempo de subsidio</b>	<b>Semanas cotizadas</b>	<b>% subsidio</b>
Trabajador Informal asalariado o independiente	>=35 y <65	1 smmlv	600 semanas	N/A	SS
Miembros CTA	>=35 y <65	1 smmlv	600 semanas	N/A	SS
Formas Asociativas de Producción	>=35 y <65	1 smmlv	600 semanas	N/A	SS

N/A: No aplica semanas previas cotizadas

SS: Según las semanas cotizadas

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo

En cuanto a los trabajadores discapacitados, tal como se observa en la tabla 11, se modifica la edad máxima para acceder al subsidio, y se iguala a menor de 65 años como a los demás grupos poblacionales subsidiados.

Tabla 11. Cobertura trabajadores discapacitados año 2002.

<b>TRABAJADORES DISCAPACITADOS DEL SECTOR URBANO Y RURAL</b>					
<b>Población</b>	<b>Edad</b>	<b>Ingreso máximo</b>	<b>Pérdida capacidad laboral</b>	<b>Tiempo de subsidio</b>	<b>% subsidio</b>
Discapacitado sector urbano	>=25 y <65	1 smmlv	>= 50%	CT-480 semanas ST-800 semanas	95%
Discapacitado sector rural	>=25 y <65	1 smmlv	N/A	CT-480 semanas ST-800 semanas	95%

N/A: No aplica pérdida de capacidad laboral

CT: Con transición

ST: Sin transición

Fuente: DNP-Ministerio de Trabajo y Seguridad Social-Ministerio de Hacienda y Crédito Público

### 3.1.2. Planes de cobertura a partir de la Ley 797 de 2003

Según el Departamento Nacional de Planeación, el esquema planteado por la Ley 100 de 1993, solo originó una cobertura muy baja alrededor del 15%, con muchos problemas operativos y administrativos del régimen subsidiado en pensiones. La morosidad de los pagos de los aportes por parte de los afiliados como consecuencia del bajo nivel de ingresos de dichos beneficiarios y la falta de fidelidad, fueron unos de los factores considerados, que impidieron alcanzar una pensión, ya que no consiguen reunir el número de semanas mínimas requeridas por el sistema pensional, ocasionando un desgaste administrativo e ineficiencia de los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional (Departamento Nacional de Planeación, 2003).

En síntesis, con la reforma pensional establecida en la Ley 797 ibídem, el acceso a los subsidios fue restringido considerablemente, tal y como lo expresa el CONPES: “Para remediar los principales problemas de los programas anteriores (baja probabilidad de pensionarse y escasos recursos para subsidios de los ancianos), la nueva legislación decidió restringir los requisitos a los beneficiarios de los subsidios a las cotizaciones e incrementar significativamente los recursos para la atención directa a los ancianos (Departamento Nacional de Planeación, 2003)”. El nuevo plan de cobertura para el subsidio en pensión, se puede evidenciar en la tabla 12.

Tabla 12. Plan de cobertura año 2003.

POBLACIÓN OBJETIVO CUENTA DE SOLIDARIDAD					
Población	Edad	Semanas cotizadas	¿Afiliación salud?	Tiempo máximo de subsidio	% subsidio
Trabajadores del sector urbano	55 - ISS	650	Sí	500 semanas	70%
	58 - RAIS				
Trabajadores del sector rural	55 - ISS	650	Sí	500 semanas	90%
	58 - RAIS				
Trabajadores discapacitados	55 - ISS	650	Sí	500 semanas	95%
	58 - RAIS				
Madres comunitarias	55 - ISS	650	Sí	500 semanas	80%
	58 - RAIS				
Desempleados	55 - ISS	650	Sí	500 semanas	70%
	58 - RAIS				

Fuente: Ministerio de la Protección Social-DNP

Se observa entonces que los nuevos requisitos establecidos para las personas que deseen acceder al subsidio por primera vez, son mucho más desfavorables. Dentro de los cambios se observa que para toda la población, el requisito de la edad, semanas previas cotizadas, afiliación a salud y temporalidad del subsidio, es homogéneo. La edad de 58 años requerida para las administradoras de pensiones privadas, solo sería si el afiliado no tiene el capital suficiente para financiar la pensión mínima y, si las administradoras pertenecieran al sector solidario, tal como lo establece el artículo 26 de la Ley 100 de 1993. En cuanto al porcentaje de subsidio, se mantiene el que venía operando en años anteriores.

Para el cuatrienio contemplado entre el 2007 y el 2010, el plan de cobertura de la subcuenta de solidaridad, estableció nuevos requisitos para los aspirantes al subsidio de pensión que plasman la baja incentivación para los grupos de población e impiden la eficacia del régimen subsidiado en pensión, ya que, el aumento de la edad superior a los 55 años y las semanas previas de cotización exigidos, imposibilitaban la entrada de nuevos beneficiarios (Departamento Nacional de Planeación, 2007). A razón de lo anterior, el Consejo Nacional de Política Social y Económica, estableció mantener el nuevo grupo poblacional contemplado en el Documento CONPES 70, modificando solamente los requisitos de semanas previas cotizadas y temporalidad del subsidio. En cuanto al primero, las semanas previas son disminuidas, pasando de 650 a 500; y en cuanto al tiempo de subsidio, se pasa de 500 a 750 semanas.

Ahora bien, el Consejo Nacional de Política Económica y Social, en el año 2009 presentó los lineamientos y requisitos para que el grupo poblacional de trabajadores independientes, tanto del sector rural como urbano, pudieran acceder a la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional, recomendando al Gobierno Nacional expedir la reglamentación para adoptar las medidas aprobadas y por lo tanto, mediante el Decreto 4944 de 2009, se modifica el artículo 13 de Decreto 3771 de 2007, en cuanto a beneficiarios y requisitos para acceder a los subsidios de la Subcuenta de Solidaridad del Fondo de Solidaridad Pensional, quedando así “ son requisitos para ser beneficiarios de los subsidios de la subcuenta de solidaridad, los siguientes: 1. Ser mayor de 35 años y menor de 55 años si se encuentran afiliados al ISS o menores de 58 años si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con doscientas cincuenta (250) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente del régimen al que pertenezcan. 2. Ser mayores de 55 años si se encuentran afiliados al ISS o de 58 si se encuentran afiliados a los fondos de pensiones, siempre y cuando no tengan un capital suficiente para financiar una pensión mínima y contar con quinientas (500) semanas como mínimo, previas al otorgamiento del subsidio, independientemente

del régimen al que pertenezcan. 3. Estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud” (Departamento de Planeación Nacional, 2009).

Para los discapacitados y madres comunitarias, los requisitos continúan siendo los señalados en la Ley 1151 de 2007 y Ley 1187 de 2008, respectivamente. Y en cuanto a la temporalidad del subsidio a la que se refiere el artículo 28 de la Ley 100 de 1993, fija el decreto que corresponderá a las semanas de cotización señaladas en el documento CONPES 3605 de 2009. En la tabla 13 se ilustran estas condiciones y beneficios.

Tabla 13. Condiciones y beneficios Régimen Subsidiado Pensional.

GRUPO POBLACIONAL	CONDICIONES		BENEFICIOS	
	EDAD	SEMANAS PREVIAS	TIEMPO DEL SUBSIDIO (SEMANAS)	PORCENTAJE DEL SUBSIDIO
Trabajadores independientes del sector rural y urbano	RPMPD >35 años y <55	250	650	75%
	RAIS >35 Y <58	500	500	75%
Concejales (Munic. Categ. 4, 5 y 6)	RPMPD >35 Y >55	250	650	75%
	RAIS >35 Y >58	500	500	75%
Trabajadores discapacitados	SIN	500	750	95%
Madres comunitarias	SIN	SIN	750	80%
Desocupados	RPMPD >55	500	650	70%
	RAIS >58			

Fuente: CONPES 3605 de 2009.

Después de analizar los requisitos legales para ser beneficiario o permanecer en el régimen subsidiado pensional, es posible plantear una tensión en cuanto a la eficacia del mismo y el logro de una pensión por parte de las personas más vulnerables de la sociedad. Es por ello que es importante realizar un análisis sobre la eficacia que tiene el Fondo de Solidaridad Pensional en torno al cumplimiento

del objetivo para el cual fue creado: contribuir a garantizar una pensión, bien sea de vejez, invalidez o muerte, a los afiliados y sus beneficiarios, de los grupos más vulnerables de la sociedad.

#### 4. A MODO DE CONCLUSIÓN: SOBRE LA EFICACIA DEL RÉGIMEN SUBSIDIADO PENSIONAL

La finalidad principal de las normas que regulan el sistema general de pensiones, como la de cualquier norma jurídica, es garantizar los derechos y obligaciones consagrados en ellas, es decir, que tenga la eficacia para la cual fue creada, máxime, si desde la Constitución Política de 1991, se definió al Estado colombiano como un Estado Social de Derecho, lo que hace imperioso que el ordenamiento jurídico garantice los derechos y obligaciones establecidos. La Corte Constitucional, en sentencia C -546 de 1992, señala que “cuando la Constitución colombiana habla de la efectividad de los derechos se refiere al concepto de eficacia en sentido estricto, esto es, al hecho de que las normas determinen la conducta ciudadana por ellas prescrita y, además, logren la realización de sus objetivos, es decir, realicen sus contenidos materiales y su sentido axiológico” (Corte Constitucional de Colombia, 1992).

Es importante tener presente los momentos en la cronología de una norma: “*promulgación, ejecución y eficacia*”, en el que se derivan tres tipos de eficacia simbólica, a saber: el primero es la “eficacia enunciativa”, que proviene de las normas, que una vez promulgadas, no son aplicadas y por lo tanto, no consiguen ningún tipo de eficacia instrumental, porque solo es una norma enunciativa que no alcanza grado alguno de ejecución o aplicación. En el segundo tipo de eficacia simbólica se encuentran las normas que han sido promulgadas y aplicadas, pero que no logran los objetivos propuestos, contenidos en su discurso; solo se quedan en la mera intención plasmada en su contenido; al resultado de estas normas, “eficacia argumentativa”. Y en el último y tercer tipo de eficacia simbólica, se agrupan las normas que han sido promulgadas, aplicadas y que logran los fines propuestos en su contenido; a este grupo de normas las denomina como de “eficacia substancial” (García, 1993, pág. 237).

Así las cosas, las normas pueden tener eficacia enunciativa y argumentativa, porque han sido promulgadas y son aplicadas, alcanzando con ello una eficacia instrumental; es así como existen normas que tienen un contenido enunciativo (eficacia simbólica enunciativa) y que son aplicadas porque poseen eficacia argumentativa; pero no logran los objetivos propuestos en su contenido. A estas normas, se denominan de eficacia instrumental, es decir, normas legalmente promulgadas y aplicadas, pero sin el logro de los fines propuestos en su contenido (García, 1993) .

En lo concerniente al Fondo de Solidaridad Pensional, se considera que las normas que lo consagran, hacen que tenga una mera eficacia instrumental, ya que no se logran los objetivos propuestos en sus contenidos. En este sentido, es importante anotar que hay realidades que deben ser consideradas cuando se formulan las normas, en el caso del régimen subsidiado pensional, hay un sinnúmero de factores que afectan secuencialmente el pago oportuno de los aportes, por un lado tenemos, la inestabilidad laboral de los grupos poblacionales beneficiarios, por otro lado, las obligaciones familiares que estos tienen, ya que son personas de estrato 1 y 2, con dos o tres personas a su cargo, factores que dificultan responder por el pago de los aportes a pensión, lo que genera, períodos de mora muy extensos, y por consiguiente exclusión del sistema.

Según el documento CONPES 70 de 2003, “aparte de los problemas operativos y administrativos, el mayor inconveniente ha sido la morosidad de los pagos a cargo de los beneficiarios, situación que ha llevado a desvincular a muchos de ellos en varias ocasiones” (...) Las causas de este fenómeno han sido el bajo nivel de ingresos de la población objetivo y su falta de fidelidad a los sistemas de seguridad social. Estos problemas sugieren una baja probabilidad de obtener una pensión por parte de los beneficiarios al no lograr los periodos mínimos de semanas cotizadas establecidos por el sistema de pensiones” (Departamento Nacional de Planeación, 2003).

Aunque el decreto 2414 de 1998, trato de aminorar el problema de la mora en el aporte del subsidio, pues a través de este decreto se solicitó por parte del Consejo Nacional de Política Económica y Social, que se ampliaran los plazos de desafiliación por mora, la Ley 797 de 2003, en un intento por superar estos inconvenientes, restringe los requisitos para ingresar al fondo, señalando que solo serían beneficiarios “las personas mayores de 55 años de edad si estaban afiliados al ISS, o las mayores de 58 si lo estaban en las AFPs.” El fundamento era que las personas de mayor edad eran más conscientes de la necesidad de una pensión y, por lo tanto, más propensas a realizar los aportes del caso, mejorando así la fidelidad al sistema.

Lo anterior, demuestra que el concepto de universalidad pregonado en la Ley 100 de 1993 y que subyace al régimen subsidiado en pensión, que es para los grupos poblacionales más pobres, queda desvirtuado porque su aplicación real es mínima, ya que solo pueden acceder pocas personas. Además, como se expuso, la Ley trata de establecer barreras para que ingresen solo aquellas sujetos que si posean los recursos necesarios para financiar el aporte, pues si se maneja el supuesto que las personas de mayor edad son más conscientes de la necesidad de una pensión, se está dejando por fuera muchos grupos poblacionales que a pesar de sus condiciones económicas deben acceder a una pensión, dada la importancia para su subsistencia y vida digna.

Así las cosas, y teniendo presente el modelo Social de Derecho presente en el actual Estado Colombiano, tal subsidio debería contener unas características diferentes para los diversos grupos poblacionales, es decir, para unas personas se debe subsidiar totalmente el aporte y para otros solo parcialmente, ello teniendo en cuenta la condición socioeconómica y familiar, de igual forma, reducir la edad para acceder al subsidio, y aumentar el tiempo por medio del cual se brinda el aporte al sistema, tratando en últimas de hacer efectivo el principio de la universalidad imperante en el sistema de seguridad social. Todo ello posibilitará que si en algún momento el afiliado excede los topes legales y no se ha podido pensionar, se le devolverán los aportes en una cuantía que le permitirá subsistir con una vida digna, por un tiempo mucho más prudencial. Para financiar lo anterior, se tendría que volver a lo establecido en la Ley 100 de 1993, donde la fuente de los recursos se destinaría específicamente a la cuenta de solidaridad y no dividirse, como se estableció en la Ley 797 de 2003 con la subcuenta de subsistencia, de forma tal que logre subsidiar los aportes para que la población beneficiaria pudiera alcanzar una pensión, y no incluir otros beneficios (auxilios para ancianos indigentes), que desvirtúan los objetivos del régimen subsidiado pensional: obtener una pensión.

Otra falencia que puede explicar la eficacia instrumental del Fondo y su baja tasa de afiliación, es el desconocimiento que la población objetivo tiene de la existencia del mismo. En consecuencia, se requiere mayor divulgación de los beneficios y procesos de afiliación, pero que no debe hacerse a través de los medios tradicionales, es necesario realizar propuestas de popularización<sup>1</sup> sobre el Fondo de Solidaridad Pensional y la importancia de cotizar para una pensión, focalizadas a través de asociaciones de campesinos, microempresarios, juntas de acción comunal, entre otros grupos vulnerables que pueden acceder al subsidio.

Igualmente, se considera necesario implementar políticas interinstitucionales entre Colpensiones, los Fondos Administradores de Pensiones y el Fondo de Solidaridad Pensional, a fin de poder indagar sobre aquellas personas que se afiliaron a dichos fondos privados y públicos y que cotizaron durante largos períodos, y que en actualidad no están cotizando, a fin de poderles brindar información, clara y precisa sobre la importancia de la pensión y si es del caso, la afiliación al Fondo.

Por otra parte, es importante anotar que la Administración del Régimen Subsidiado a partir de la promulgación del Decreto 2616 de 2013, que regula el pago de la seguridad social de los trabajadores por días, deberá ser cautelosa frente a la acrédi-

---

1 Este concepto ha sido desarrollado por (Duque, 2012) quien señala que “la popularización del derecho, es un proceso dialógico que posibilita traducir el lenguaje jurídico a un lenguaje común o cotidiano, comprensible por el ciudadano y que genera procesos de transformación y empoderamiento en las comunidades”.

tación de requisitos para pertenecer al mismo, teniendo en cuenta que quien realice actividades subordinadas, así sea un solo día en el mes, no puede estar afiliada al Fondo, dado que es su empleador quien deberá realizar los aportes al sistema de pensiones y riesgos laborales. En este sentido, es importante revisar situaciones de afiliaciones fraudulentas por omisiones de los empleadores, que excusándose en los costos de afiliación de sus trabajadores por días, llevan a que algunas personas se presenten como beneficiarias a solicitar la afiliación al Fondo de Solidaridad Pensional, cuando en realidad es su empleador o empleadores quien los debe vincular como trabajadores dependientes, al sistema general de pensiones. En este orden de ideas, si se toman las medidas conducentes a la aplicación del principio de universalidad, el régimen subsidiado podría configurarse en una herramienta importante para dar aplicación al problema pensional en cuanto a la cobertura, ya que incluye a las personas que no poseen los recursos necesarios para realizar los aportes obligatorios para una pensión.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

- Beveridge, S. W. (1946). *El Seguro Social y sus Servicios Conexos*. México: Editorial Jus (primera edición en español autorizada por el gobierno inglés de la versión original Social Insurance and Allied Services: Londres, 1942).
- Congreso de Colombia. (23 de Diciembre de 1993). Ley 100 de 1993. Bogotá.
- Corte Constitucional. (1 de octubre de 1992). Sentencia C-546-1992. *Sentencia de Constitucionalidad*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (5 de Noviembre de 2003). Sentencia C-1036 de 2006. *Sentencia de Constitucionalidad*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (21 de Octubre de 2003). Sentencia C-967 de 2003. *Sentencia de Constitucionalidad*. Bogotá.
- Corte Constitucional de Colombia. (2004). C-623 de 2004. *Sentencia de Constitucionalidad*. Bogotá, Colombia.
- Departamento Nacional de Planeación. (21 de Diciembre de 1994). Fondo de solidaridad pensional - Plan de extensión de cobertura para 1995. *Documento CONPES 2753*. Bogotá.
- Departamento Nacional de Planeación. (17 de enero de 1996). Documento CONPES 2833. Bogotá.
- Departamento Nacional de Planeación. (26 de febrero de 1997). Documento CONPES 2913. Bogotá.
- Departamento Nacional de Planeación. (17 de febrero de 1998). Documento CONPES 2989. Bogotá.

- Departamento Nacional de Planeación. (23 de mayo de 2002). Documento CONPES 60. Bogotá.
- Departamento Nacional de Planeación. (28 de mayo de 2003). Documento CONPES 70.
- Departamento Nacional de Planeación. (14 de mayo de 2007). Documento CONPES 105. Bogotá.
- Departamento Nacional de Planeación. (10 de septiembre de 2009). Documento CONPES 3605. Bogotá.
- Duque, S. (2012). Sobre una propuesta didáctica para la popularización del derecho en el consultorio jurídico. . *Tesis de Doctorado*. Medellín, Antioquia, Colombia: Facultad de Educación, Universidad de Antioquia.
- García, M. (1993). *La eficacia simbólica del derecho*. Bogotá: UNIANDES.
- Gosta Espring, A., & Walter, K. (1987). *From Poor Relief to Institutional Welfare States: The Development of Scandinavian Social Policy. Comparative public policy analysis series. Series Editors, Martin Rein*, . Massachusetts: Institute of Technology Lee Rainwater, Harvard University.
- Humblet, M., & Silva, R. (2002). *Seguridad Social: Normas para el Siglo XXI*. Ginebra: OIT.
- Organización Internacional del Trabajo. (2002). *Seguridad Social: Un Nuevo Consenso*. Ginebra: OIT.
- Presidencia de la República. (1 de Junio de 1994). Decreto 1127 de 1994. Bogotá.
- Titmuss, R. (1981). *Política Social. Memorias publicadas en 1974 como un homenaje póstumo*. . Barcelona: Ariel, S. A.
- Uthoff, A. (1999). La universalización de la seguridad social en pensiones en América Latina: reforma a la seguridad social y mercados de trabajo. ¿Cuál debe adaptarse al otro?. . *II Foro Internacional de Política Social* (págs. 15-29). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.



Título: Jaguar  
Técnica: Acuarela  
Dimensión: 45 x 30 cm

## ***EL DERECHO COMO RECURSO ESTRATÉGICO CON FUNCIÓN LEGITIMADORA, DISTRIBUTIVA Y EMANCIPADORA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS TERRITORIALES: LA POLÍTICA PÚBLICA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN\****

\* Este artículo recoge resultados parciales del proyecto de investigación *Políticas públicas territoriales en Medellín, actores, recursos y oportunidades. Las políticas públicas de desplazamiento forzado, y de las diversidades sexuales y de género*. Financiado por el CODI y el Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Coordinador: James Gilberto Granada Vahos, Co-investigador: Jonathan Alejandro Murcia, Estudiantes en formación: Jhony Alexander Tamayo, Gloria Andrea García y Carlos Andrés Olaya. Así mismo retoma discusiones presentadas en el Séptimo Congreso Latinoamericano de Ciencia Política (ALACIP), realizado en la Universidad de Los Andes (Bogotá) entre el 25 y 27 de septiembre de 2013, y en el Primer Congreso Internacional de la Asociación Mexicana de Ciencia Política (AMECIP), organizado en colaboración con la Universidad de Guanajuato y el Instituto Electoral del Estado de Guanajuato, entre el 26 y 28 de agosto de 2013.

Fecha de recepción: septiembre 2 de 2013

Fecha de aprobación: octubre 22 de 2013

**EL DERECHO COMO RECURSO ESTRATÉGICO  
CON FUNCIÓN LEGITIMADORA, DISTRIBUTIVA Y EMANCIPADORA  
EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS TERRITORIALES: LA POLÍTICA PÚBLICA  
DE DESPLAZAMIENTO FORZADO DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN**

*Jonathan Alejandro Murcia* \*\*

*James Gilberto Granada Vahos* \*\*\*

**RESUMEN**

Este artículo tiene como objetivo analizar el derecho como un recurso empleado por los actores político-administrativos y sociales estratégicamente y con diversas funciones sociales en las políticas públicas territoriales, tomando como caso de análisis la Política Pública para la Prevención del Desplazamiento Forzado, la Protección, Reconocimiento, Restablecimiento y Reparación de la Población Afectada por el Desplazamiento Forzado en el Municipio de Medellín.

**Palabras clave:** Derecho como recurso, política pública, desplazamiento forzado, actores, recursos.

**THE LAW HOW STRATEGICALLY RESOURCE WITH A LEGITIMATING  
FUNCTION, DISTRIBUTIVE AND EMANCIPATOR IN THE TERRITORIAL  
PUBLIC POLICIES: FORCED DISPLACEMENT PUBLIC POLICY  
IN MEDELLÍN MUNICIPALITY**

**ABSTRACT**

This paper tries to analyze the law how a resource used by the political-administrative and social actors, strategically with many social functions in the territorial public politics, taking the Prevention of the forced displacement, the protection, recognition, restoration, and reparation to the population affected by the forced displacement public policy in Medellín municipality.

**Key words:** Law like resource, public policy, forced displacement, actors, resources.

---

\*\* Politólogo. Investigador Asociado al Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Docente del Pregrado en Ciencia Política de la Universidad de Antioquia. [maquiavelo\\_184@hotmail.com](mailto:maquiavelo_184@hotmail.com)

\*\*\* Profesor e Investigador del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia. Magister en Ciencias Políticas. [Jamesgranada1@gmail.com](mailto:Jamesgranada1@gmail.com)

# **EL DERECHO COMO RECURSO ESTRATÉGICO CON FUNCIÓN LEGITIMADORA, DISTRIBUTIVA Y EMANCIPADORA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS TERRITORIALES: LA POLÍTICA PÚBLICA DE DESPLAZAMIENTO FORZADO DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN**

## **INTRODUCCIÓN**

**E**n el presente artículo se expresan resultados parciales del proyecto de investigación “Políticas públicas territoriales en Medellín, actores, recursos y oportunidades. Las políticas públicas de desplazamiento forzado, y de las diversidades sexuales y de género” financiado por el Instituto de Estudios Políticos (en adelante IEP) y el Comité para el Desarrollo de la Investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia. También se apoya en la trayectoria investigativa y técnica sobre el tema de las políticas públicas de la Línea de Investigación en Migraciones, Fronteras y Reconfiguraciones Políticas (en adelante LMFRP) del Grupo de Investigación Estudios Políticos (en adelante GIEP) del IEP.

Se plantea como objetivo de este artículo analizar el derecho como un recurso estratégico y con funciones sociales a disposición de los actores en las políticas públicas territoriales, tomando como caso de análisis la Política Pública para la Prevención del Desplazamiento Forzado, la Protección, Reconocimiento, Restablecimiento y Reparación de la Población Afectada por el Desplazamiento Forzado en el Municipio de Medellín (en adelante PPDFM).

El artículo se estructura de la siguiente manera: en la primera parte se desarrollan las categorías de análisis: políticas públicas, políticas públicas territoriales, actores, actores político-administrativos y actores sociales, recursos y el derecho como recurso con funciones sociales, las cuales se nutren de contenido conceptual por medio de autores como Pierre Muller, Jean François Jolly, Peter Knoepfel, Corinne Larrue, Frédéric Varone, Miriam Hinojosa, Ramón Soriano y Julieta Lemaitre. En la segunda parte se desarrolla el análisis sobre cómo algunos actores político-administrativos y sociales de la PPDFM usan el derecho como un recurso estratégico con funciones de legitimación, distribución y emancipación. Finalmente, a modo de conclusión se presentan algunas reflexiones sobre el objeto de estudio, dejando abiertas pre-

guntas de investigación sobre la relación entre derecho y política en el estudio de las políticas públicas territoriales.

## 1. CATEGORÍAS DE ANÁLISIS

### 1.1 APROXIMACIONES TEÓRICO- METODOLÓGICAS

Este texto retoma algunas consideraciones metodológicas del proyecto en el que se fundamenta, partiendo especialmente de Giovanni Sartori (2003) se hacen consideraciones para el tema de los conceptos y su operacionalización en la investigación y explica la metodología que acá apenas se esboza pero que ha sido desarrollada y ampliada en la ejecución del proyecto investigativo.

Sartori define lo que es un “concepto” desde un esquema en donde se muestra cómo está estructurado por tres elementos: “palabra, significado y referente”, de allí se sostiene que “1) tenemos en mente *significados*, los cuales 2) se expresan en *palabras*, que a su vez 3) denotan referentes.” (Sartori, 2003, pág. 57), se puede afirmar, para los intereses de este texto, que los conceptos que más adelante se exponen son empíricos en la medida en que contienen referentes que son observables y verificables. Como lo afirma Clara Atehortúa “En este esquema todo concepto necesita explicarse o definirse, es decir, establecer de alguna forma a qué se refiere y cómo y a qué tipo de referentes -situaciones observables- da lugar” (Atehortúa, 2004, pág. 62).

Se tiene que “un lenguaje de observación-descripción es precisamente aquel lenguaje que se plantea el problema de la relación entre significado y referente, y que quiere en verdad “llegar” al referente, “capturar” al referente.” Esto se produce luego de haber reducido la ambigüedad que se presenta entre las pocas palabras y sus muchos posibles significados (Sartori, 2003, pág. 57). Con esto se afirma que el proyecto parte de cierta ambigüedad que, que aunque no ha sido resuelta, para este artículo se reduce en la elección de unos referentes conceptuales delimitados.

Tanto para el proyecto de investigación como para este artículo se han tomado unos conceptos, se han delimitado con las definiciones y se han cruzado, en este caso con un fenómeno empírico concreto, el desplazamiento forzado y la política pública de atención.

El objeto de estudio en el cual se enmarca el presente artículo se basa en tres categorías de análisis: Políticas Públicas, Actores y Recursos, las cuales están contempladas en el sistema categorial del proyecto de investigación “Políticas

Públicas Territoriales en Medellín, Actores, Recursos y Oportunidades. Las Políticas Públicas de Desplazamiento Forzado, y de las Diversidades Sexuales y de Género”. De estas categorías se derivan otras más específicas que hacen parte de la propuesta analítica de este artículo, como son las políticas públicas territoriales, los actores sociales, los actores político-administrativos y el derecho como recurso con funciones sociales. A continuación se hace una presentación más detallada de las categorías de análisis, exponiendo los principales elementos conceptuales y referentes que permiten dotarlas de contenido teórico.

## 1.2 POLÍTICAS PÚBLICAS

Construir las políticas públicas como categoría analítica exige tener en cuenta los elementos que la constituyen y que pretenden ser revisados en su operacionalización: variables y descriptores. En ese sentido, requiere encontrar o diseñar una definición acorde a las características que de ella se buscan observar.

La extensa literatura existente sobre políticas públicas permite identificar una cantidad considerable de definiciones sobre lo que puede ser una política pública. Hacer una revisión de este tipo exigiría hacer un estado del arte sobre las definiciones de política pública, lo cual no es objetivo de este artículo, será suficiente con presentar la definición que más se aproxima a los intereses de este escrito, que involucra las demás categorías de análisis que se pretenden abordar.

En este orden de ideas, la definición de política pública que logra vincular los anteriores aspectos es la que ofrecen Peter Knoepfel, Corinne Larrue, Frédéric Varone y Miriam Hinojosa en su texto “Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones”. La concepción de las políticas públicas que se tiene retoma algunos elementos de dicha definición, específicamente cuando las ven “como una concatenación de decisiones o de acciones, intencionalmente coherentes, tomadas por diferentes actores, públicos y ocasionalmente privados –cuyos recursos, nexos institucionales e intereses varían–, a fin de resolver de manera puntual un problema políticamente definido como colectivo” (Knoepfel, Larrue, Varone e Hinojosa, 2007, pág. 12).

Esta definición contribuye a resaltar componentes fundamentales que coinciden con la realidad que se pretende abordar, en la cual se hace énfasis en la relación de las políticas públicas con los actores y sus recursos. Ahora bien, hace falta todavía vincular lo anterior con un aspecto central en este artículo: el componente territorial de las políticas públicas.

### 1.2.1 Políticas Públicas Territoriales

Hablar de políticas públicas territoriales requiere tener presente procesos de transformación del Estado y de la acción pública en las sociedades modernas y complejas. En este campo de discusión son valiosos los aportes que el enfoque francés de las políticas públicas ha brindado para la reflexión sobre la importancia del componente territorial en la acción pública. Aquí se resaltan algunas contribuciones que en esta materia ha hecho uno de los fundadores de la corriente francesa de las políticas públicas: Pierre Muller (Jolly, 2010).

Parafraseando a este teórico francés, la transformación de la acción del Estado va de la mano con los procesos de transformación de las sociedades: de unas sociedades autárquicas tradicionales, muy cercanas todavía al modelo feudal de producción, pasando por una sectorialización de las sociedades modernas, producida por la complejización de las relaciones de producción en el marco de las revoluciones industriales y la profesionalización de la sociedad<sup>1</sup> en pleno auge del sistema capitalista de producción, hasta llegar a las sociedades complejas de finales del siglo XX y comienzos del siglo XXI, en las cuales el crecimiento de la historicidad<sup>2</sup> produce una paradoja con respecto a la incertidumbre sobre el futuro de las sociedades, en la cual se disminuye la incertidumbre relacionada a externalidades<sup>3</sup> y aumenta la incertidumbre en relación a la capacidad de la sociedad para actuar sobre sí misma<sup>4</sup> (Muller, 2006, págs. 38-44).

Para Pierre Muller estos flujos entre la territorialidad, la sectorialidad y la historicidad han introducido cambios en la regulación pública de las sociedades modernas occidentales y, en consecuencia, una transformación en la acción del Estado. Esto tiene una incidencia directa en la forma y el sentido que toman las políticas públicas en las sociedades contemporáneas. En palabras del mismo autor

Numerosas políticas públicas no tendrán otro objeto que la gestión de los desajustes producidos por otras políticas sectoriales: la sociedad sectorial, que está en desequilibrio perpetuo, genera de manera permanente “problemas”, “disfunciones” o “efectos perversos” que deberán, a su turno, ser objeto de políticas públicas. En este sentido, las sociedades modernas se volvieron esen-

- 
- 1 En parte producto de la complejización de la división social del trabajo de las sociedades capitalistas.
  - 2 Pierre Muller retoma este concepto acuñado por Alain Touraine en *La Producción de la Sociedad* (1973).
  - 3 Común en las sociedades tradicionales, por ejemplo, frente a eventos catastróficos producidos por la naturaleza.
  - 4 En las sociedades actuales se expresa en la incertidumbre que se genera con respecto a la capacidad del ser humano de actuar sobre su devenir y de generar catástrofes producidas por sus mismas acciones y herramientas, por ejemplo, eventos catastróficos antrópicos o producidos por la misma especie humana.

cialmente sociedades *autorreferenciadas*, lo que significa que deben encontrar en su seno el sentido de su acción sobre sí mismas (Muller, 2006, pág. 44).

De acuerdo con todo esto, ¿qué queda por decir de los territorios ante el ocaso de las sociedades estrictamente territoriales? ¿Qué sentido tiene hablar de políticas públicas territoriales en sociedades altamente complejas, sectorializadas e influenciadas por dinámicas de desterritorialización de los problemas y de la acción pública efectiva, relacionadas con la transformación de la intervención del Estado en contextos de globalización?

Según Muller, es posible hablar de un “redescubrimiento de la dimensión local de lo político” (Muller, 2006, pág. 147) a raíz de la insuficiencia del enfoque sectorializado para asumir los problemas públicos. Según estudiosos de la obra de Muller, como el profesor Jean François Jolly, la crisis de la sectorialidad se manifestó en su carácter vertical, unisectorial y jerárquico, el cual “no da cuenta de las interrelaciones entre sectores que existen en el ámbito local” (Jolly, 2010, pág. 241).

El enfoque sectorializado de las políticas públicas empezó a perder eficacia, dado su énfasis en “la representación corporativista de los intereses de la sociedad” (Muller, 2006, pág. 147). En ese sentido, de acuerdo con el mismo autor, la sectorialización de los problemas públicos resultó limitada para luchar contra asuntos como la pobreza, el empleo, la seguridad del medio ambiente y el urbanismo. En este contexto adquieren relevancia la interpretación local de los problemas públicos y la dimensión local de las políticas públicas.

Tomando algunas ideas de Jolly, esta renovada lógica territorial de las políticas públicas “Es una lógica horizontal, plana, multisectorial, no jerárquica que busca captar una totalidad social en un territorio dado” (Jolly, 2010, pág. 241).

Enfrentar estos retos de la acción pública exige una “dialéctica de los sectores y de los territorios” (Muller, 2006, pág. 147) por medio de la cual se logre una coordinación de los problemas sectoriales con una perspectiva territorial y que se reconozca cómo los problemas de cada sector impactan a los territorios de una manera desigual y diferenciada. Esto se puede resumir en una apuesta por diseñar e implementar políticas públicas territoriales, donde se articule lo sectorial, nacional, jerárquico con lo territorial, local y horizontal.

También resulta necesario encuadrar la lógica de las políticas públicas territoriales en un marco de sentido coincidente con los proyectos de descentralización de los Estados-nación, mediante los cuales se pretenden redefinir las fronteras y los campos de acción de los gobiernos nacionales y locales. Esta cuestión no es sencilla. En Colombia, este tipo de iniciativas implican tener en cuenta las competencias de la acción pública del gobierno nacional, pero a la vez, y fundamentalmente,

tener presentes las dinámicas políticas, económicas, sociales y culturales de los territorios: capacidad administrativa, fiscal y gobernabilidad de los gobiernos departamentales, distritales y municipales para poner en marcha políticas públicas, sumado a otras características de la ciudadanía local que permitan hablar de una dosis de participación amplia de la sociedad civil en la construcción democrática de esas políticas públicas, lo cual es un tema de cultura política y ciudadana.

Tomando otros elementos conceptuales de Muller (2006), se puede afirmar que el diseño e implementación de políticas públicas en los territorios habilita a los gobernadores y a los alcaldes a hacer uso de su legitimidad popularmente adquirida para intervenir los problemas de sus territorios y acercar la función de gobernar a la ciudadanía. Las políticas públicas territoriales requieren entonces estar acompañadas de un enfoque de “gobernanza local” (Muller, 2006, pág. 151), a través de la cual se construya una legitimidad de la acción pública superior a la legitimidad tradicional racional-legal o racional-burocrática (weberiana).

En esta lógica de acción pública con enfoque local, sin descuidar lo nacional, las políticas públicas territoriales se esgrimen como la posibilidad de atender problemas sociales definidos como públicos en los contextos específicos donde tienen lugar y a partir de sus particularidades sociales, políticas, culturales y económicas. En este orden de ideas, el éxito o fracaso de estas políticas públicas territoriales dependerá en gran parte de la presencia de otros actores adicionales a los actores institucionales y de los recursos que estos actores puedan aportar a la solución de las problemáticas que se pretenden intervenir.

El papel de estos actores y el empleo que hacen de sus recursos no solamente apunta a resolver la problemática en cuestión, sino también a que la solución del problema sea la más indicada de acuerdo a sus intereses, los cuales regularmente son diversos de actor en actor. Eso convierte a las políticas públicas territoriales en campos de disputa jurídica, económica, política e ideológica.

En las políticas públicas territoriales se produce una reconfiguración de las políticas nacionales, aparecen nuevos actores que no están en estas, se convierten en obstáculos o impulsores de estas. Al mismo tiempo se abren y se cierran oportunidades mientras los recursos se agotan o se multiplican.

Cada vez se instala más la idea de que en el diseño y formulación de las políticas públicas no está implicado solo el Estado, se produce la participación de diversos actores, que generalmente también han estado presentes en la formación de la agenda pública y en la inscripción de los problemas en la agenda gubernamental. Se entiende, que los diferentes ámbitos territoriales complejizan las políticas públicas, “inclusive, realzando la necesidad de la coordinación no jerárquica de los

actores públicos, privados, sociales y comunitarios, a través de todos los niveles de gobierno en las redes de política pública” (Naranjo, 2009, pág. 87).

Desde un punto de vista politológico no solamente interesa ver cómo los actores de las políticas públicas aportan a la solución o tratamiento de la problemática pública. Interesa también observar cómo los actores entran en procesos de conflicto, negociación, disputa y alianzas, para lo cual hacen uso de diversos recursos. En ese sentido, el estudio politológico de las políticas públicas es también un estudio de las relaciones de poder en las políticas públicas, es un análisis de Ciencia Política y de Ciencias de Políticas, para emplear los términos de Harold D. Lasswell. En esa doble perspectiva, se abordan actores político-administrativos y actores sociales y sus respectivos recursos en la política pública territorial sobre desplazamiento forzado en Medellín, entendida esta última como un campo de acción política y de acción pública en lo local.

### **1.2.2 De las políticas públicas nacionales en los territorios**

En los territorios se configuran redes locales de política pública en donde los actores movilizan recursos disponibles, se instalan en marcos culturales amplios y aprovechan las oportunidades políticas esquivando obstáculos y restricciones. Entre instituciones y actores existen condiciones desiguales dependiendo de cómo se distribuyen los recursos, cómo se interpretan los marcos culturales y cómo se entienden las oportunidades. De todas formas, de esas relaciones entre actores se tienen repertorios de acción en diversos escenarios de política, se mantienen las pugnas por los significados y las representaciones de los problemas públicos (Naranjo, 2009, pág. 87).

Esas interacciones entre instituciones, actores, recursos, marcos culturales, oportunidades y restricciones, repertorios, significados y representaciones, que en cada territorio son construidos en un contexto histórico, es lo que le da forma a las políticas públicas locales, más allá de las buenas intenciones en los órdenes superiores, de los diseños y formulaciones generales que se hacen para todo un territorio nación.

En las políticas públicas territoriales el Estado central no pierde protagonismo, ni queda subsumido a la lógica territorial, se entiende que las instituciones nacionales siguen siendo importantes con su presencia y accionar en los territorios, así como los entes de control público, agencias de cooperación internacional, otras instituciones y actores que también destinan recursos para mantener su influencia en la política pública (Naranjo, 2009).

El criterio territorial puede facilitar la implementación de las políticas públicas al tiempo que posibilita asumir la responsabilidad de los actores; se valoran las potencialidades, hace más viable la negociación donde los actores están más cerca, se

hace un mejor trámite del conflicto; la información y la participación está más cercana de actores débiles o con menos recursos; el territorio es entonces un escenario de articulación y es el lugar estructurante de la política pública (Echeverri, 2008).

En algunos casos, como el del desplazamiento forzado por la violencia, no solo se abren las agendas locales, también se redefinen acciones y se abren procesos de rediseño de las políticas públicas, lo que cuestiona la idea de una sola forma de implementar la política nacional. En los territorios se produce una suerte de “hibridación” de las políticas públicas, en donde se ensayan, muchas veces con éxito, ajustes al diseño y otras formas de implementar las políticas.

Estos cambios en la política nacional han hecho que “aparezcan” nuevos actores, especialmente organizaciones sociales y organizaciones de víctimas. Con estos actores aparecen nuevos recursos de diferente tipo y las oportunidades políticas se reconfiguran, esto obedece en parte a que en territorios con liderazgos tan marcados como Medellín se reformulen acciones.

### 1.3 ACTORES

La agencia es un elemento importante a considerar en las políticas públicas territoriales. Además de los aspectos estructurales como el ordenamiento jurídico (normas constitucionales, leyes, jurisprudencia), el mercado (leyes de oferta y demanda), el régimen político-administrativo (instituciones, procesos electorales), entre otros, el análisis de las políticas públicas, tanto para su reconstrucción científica *Knowledge of*, como para su construcción técnica *Knowledgeon*, debe considerar la presencia de diferentes actores no solamente gubernamentales, los cuales introducen en las políticas públicas, tanto nacionales como subnacionales, sus intereses en diferentes escenarios, ya sea en los procesos de agendamiento, formulación de soluciones, decisión, implementación o evaluación, desde una perspectiva cíclica del proceso de las políticas públicas.

Siguiendo algunos planteamientos de Knoepfel, Larrue, Varone e Hinojosa (2007), los sujetos individuales o colectivos que se encuentran relacionados con cada problema público objeto de política pública son actores potenciales, que eventualmente se pueden involucrar en una o varias de sus fases (Knoepfel, Larrue, Varone e Hinojosa, 2007, pág. 12). Estos actores pueden aprovechar ciertas “zonas de incertidumbre” y fisuras entre los componentes estructurales de la política pública, para sacar provecho y promover sus ideas, valores e intereses.

Se procura observar los actores como agentes que introducen cambios en las políticas públicas territoriales de acuerdo a sus intereses y valores. Estos actores pueden

considerarse como sujetos racionales, con intereses políticos, económicos y/o sociales bien definidos. Sin embargo, esta racionalidad no se entiende exclusivamente como una racionalidad económica, instrumental o con miras a obtener beneficios materiales. La racionalidad de los actores de las políticas públicas también puede ser fundada en valores como la solidaridad, la cooperación, el respeto, el compañerismo, la lealtad, entre otros factores que permiten hablar de la existencia de una racionalidad valorativa, que también puede reportar a los actores unos beneficios de orden afectivo, moral, ético o político. Se entiende, entonces, que los actores de las políticas públicas son racionales en estos dos aspectos.

Por otra parte, es necesario considerar que esa racionalidad de los actores no es absoluta. Es decir, el componente racional de las decisiones y de las acciones que ejecutan los actores de las políticas públicas está condicionado por factores de orden externo que limitan la capacidad, por ejemplo, de tomar decisiones con el cien por ciento de la información sobre un problema público. En ese sentido, la racionalidad de los actores no es absoluta, en cuanto no puede eliminar del todo la incertidumbre frente a las consecuencias que tendrán sus decisiones y acciones. Se tiene que esa racionalidad depende también de los factores estructurales y cómo ellos inciden en las decisiones y acciones de los actores en las políticas públicas.

Ahora bien, cuando se habla de actores se está haciendo alusión a una categoría analítica amplia, genérica si se quiere. Los actores de las políticas públicas pueden ser de diversa índole, de acuerdo a los atributos que de ellos se pretenda resaltar. A continuación se hará referencia a varios tipos de actores que se pueden encontrar en las políticas públicas territoriales, para llegar a los tipos de actores que se observan con relación a una política pública territorial específica.

### **1.3.1 Tipos de actores: actores sociales y actores político-administrativos**

Cuando se hace referencia a la acción pública territorial a través de políticas públicas, es posible pensar en diferentes tipos de actores, de acuerdo a las variables determinantes por las cuales se esté indagando. En el proceso de construcción del sistema categorial del proyecto de investigación surgieron algunas discusiones sobre las variables y dimensiones relevantes de la categoría de actores, contemplada como una de las tres categorías analíticas de primer orden de esta investigación. De estas problematizaciones surgieron reflexiones en torno a diferentes formas de clasificar a los actores de las políticas públicas.

Una de las preguntas que se hace regularmente sobre los actores tiene que ver con su composición numérica. De acuerdo con esta variable, se puede hablar de actores individuales y actores colectivos. Esta clasificación permite ver una dimensión

básica de los actores, es decir, si se está frente a individuos o frente a grupos. No obstante, esta clasificación no dice mucho de los actores con relación a otras características importantes.

Otra tipología de actores se da cuando se pone de relieve su posición frente a la división tradicional público-privado. Allí surge la clasificación de: actores públicos, actores privados y actores mixtos. Esta clasificación es regularmente empleada en investigaciones y estudios técnicos de políticas públicas. Sin embargo, presenta una dificultad inherente a las mismas discusiones teóricas que se han dado sobre la problemática dicotomía de lo público y lo privado y de sus posibles fronteras. En la literatura sobre las políticas públicas, específicamente en relación a los llamados “enfoques intermedios o mixtos” de las políticas públicas (Roth, 2004), es posible observar una alusión permanente al involucramiento de actores privados y de la sociedad civil en la acción pública, como una forma de propiciar el gobierno democrático y participativo, que algunos dan en llamar Gobernanza o Nueva Gobernanza Democrática. En ese sentido, cada vez se hace más problemático denominar a un actor como público o privado, cuando se está en un escenario público como las políticas públicas. Ahora, la tendencia a utilizar el adjetivo de “mixto” en los actores no contribuye mucho a dar claridad sobre de qué tipo de actor se está hablando.

Una clasificación que emergió en la construcción del sistema categorial, tiene que ver con la esfera de acción en la sociedad civil de los actores, lo cual los permite clasificar en: actores sociales, actores económicos, actores culturales, actores políticos. Si bien esta es una clasificación más específica, que permitiría, por ejemplo, diferenciar entre actores como las organizaciones sociales, las ONG, las corporaciones, las fundaciones, los partidos políticos, los movimientos sociales, corre el riesgo de dejar por fuera a los actores institucionales, al no contemplar al Estado como una esfera de la sociedad civil.

En respuesta al anterior inconveniente se ha hecho alusión a otra tipología muy común para distinguir a los actores con respecto a su posición entre las tres esferas más representativas de las sociedades modernas en los sistemas liberales, entre Estado, mercado y sociedad civil, arrojando en consecuencia tres tipos de actores: actores estatales, actores societales y actores del mercado. Esta es una clasificación bastante empleada, no obstante sigue corriendo ciertos riesgos, al no observar que un actor de la sociedad civil puede ser también parte del mercado y a la vez hacer parte del Estado como contratista público.

Finalmente, el sistema categorial de la investigación contempló los siguientes tipos de actores: actores sociales, actores políticos, actores administrativos, actores económicos y actores judiciales. Esta clasificación de las dimensiones relevantes de los actores está en sintonía con las necesidades de la investigación y de los dos casos a

estudiar: las Políticas Públicas de Desplazamiento Forzado, y de las Diversidades Sexuales y de Género en el Municipio de Medellín<sup>5</sup>.

Este artículo emplea esta clasificación, no solamente porque presenta resultados parciales de esa investigación, sino porque atiende a las características que se han considerado relevantes a la hora de clasificar a los actores de las políticas públicas territoriales estudiadas. Sin embargo, no se trabajarán los cinco tipos de actores mencionados, sino que se ocupará de tomar para el análisis solamente algunos casos con relación a los actores sociales y a los actores político-administrativos.

Para el caso de la PPDFM estos actores hacen referencia, en el caso de los actores sociales a organizaciones de población desplazada (en adelante OPD), organizaciones no gubernamentales (en adelante ONG); en el caso de los actores político-administrativos a la Alcaldía de Medellín, a través de sus secretarías, y de la Unidad de Atención a la Población Desplazada (Ahora Unidad Municipal de Atención a víctimas).

Estos actores se pueden considerar como actores sociales y actores político-administrativos del orden territorial del Municipio de Medellín. Sin embargo, reconociendo la importancia de no perder de vista el llamado de atención de Muller sobre integrar la sectorialidad y la territorialidad, en algunos momentos estos actores territoriales se podrán vincular en el análisis con otros actores del nivel nacional, como la Corte Constitucional colombiana o la agencia el Departamento para la Prosperidad Social por mencionar a un par de actores en concreto.

#### 1.4 LOS RECURSOS DE LOS ACTORES

Un aspecto importante a estudiar en las políticas públicas son los recursos que tienen o adquieren los actores a la hora de interactuar en las políticas públicas. Estos recursos son susceptibles de ser intercambiados entre los mismos actores. Los recursos varían de un actor a otro, en tipo y cantidad. Autores como Knoepfel, Larrue, Varone e Hinojosa proponen una clasificación de diez recursos, que según ellos “se encuentran repartidos de manera desigual entre los actores participantes en las diversas etapas del ciclo de una política pública, a pesar de que en su mayoría, dado su carácter de bienes públicos, son accesibles a todos.”(Knoepfel, Larrue, Varone e Hinojosa, 2007, pág. 18). Estos recursos son: el derecho, el personal, el

---

5 En ese sentido, esta clasificación se terminó alejando un poco de la clasificación de Knoepfel y sus colegas: actores político-administrativos, actores beneficiarios, actores terciarios y grupos objetivo (Knoepfel, et al., 2007), la cual se había contemplado completamente en un comienzo, teniendo en cuenta que el enfoque operativo que proponen estos autores se ha convertido en un referente conceptual de la mencionada investigación.

dinero, la información, la organización, el consenso, el tiempo, la infraestructura, el apoyo político y la fuerza.

En este artículo se analiza el derecho como un recurso de los actores político-administrativos y de los actores sociales en la PPDFM, el cual es instrumentalizado estratégicamente por estos actores con diversos propósitos. Para cumplir dicho cometido, se hace necesario conceptualizar esta forma de ver el derecho como un recurso de los actores en las políticas públicas.

#### **1.4.1 El derecho como recurso de los actores con diferentes funciones sociales**

De acuerdo con Knoepfel et. al., el derecho es un recurso que está principalmente a disposición de los actores públicos institucionales, ya que se constituye en la fuente de legitimación de su acción. En los sistemas democráticos, los legisladores se encuentran “fuertemente implicados en la producción de este recurso” (Knoepfel, Larrue, Varone e Hinojosa, 2007, pág. 18). No obstante, el derecho también es un recurso a la mano de actores privados o de actores sociales, los cuales acuden a él para denunciar afectaciones en materia de dinero (derecho comercial) o de derechos (derecho constitucional). Los actores y sus maneras de emplear este recurso son diversos. Este escrito se ocupa del uso del derecho como recurso por parte de los actores político-administrativos y sociales en la PPDFM, donde se emplea con fines de legitimación de su participación en la política pública, pero también con otros propósitos.

Estos mismos autores advierten que el uso excesivo o abusivo del derecho puede hacer que este recurso pierda su valor, sobre todo cuando se presentan formalismos excesivos o una densidad normativa muy elevada que pueda restar validez o eficacia a la reglamentación (Knoepfel, Larrue, Varone e Hinojosa, 2007, pág. 18). En las políticas públicas estos riesgos se hacen manifiestos en prácticas como el excesivo racionalismo legal en los momentos como la toma de decisiones, el diseño y la implementación, o en la compleja reglamentación de la participación de actores no institucionales en la construcción de las políticas públicas.

Estos planteamientos de Knoepfel y sus colegas permiten tener un panorama conceptual básico sobre el empleo del derecho como recurso, el cual puede ser complementado con otras perspectivas teóricas del derecho, que permitan profundizar en los usos de este como recurso de los actores en las políticas públicas, ayudando a responder preguntas para las cuales los elementos conceptuales propuestos por Knoepfel y sus compañeros sean insuficientes, por ejemplo, ¿Cómo operacionalizan los actores el derecho como un recurso en las políticas públicas? ¿Cuáles funciones adquiere el derecho cuando es instrumentalizado por los actores en las políticas públicas?

Para intentar abordar este tipo de cuestiones se toman algunos elementos teóricos de la sociología jurídica, que permiten ver el derecho en relación con la capacidad de agencia de los actores en las políticas públicas. Específicamente, se profundiza en la perspectiva de las funciones sociales del derecho de Ramón Soriano, a través de las cuales es posible ver cómo el derecho cumple unas funciones en el Estado y en la sociedad —y en las políticas públicas como expresión correlacional de estos dos desde un enfoque mixto o intermedio—, a partir del empleo que los actores hacen de él. Se trata de ver algunas funciones que cumple el derecho en la PPDFM de acuerdo a la instrumentalización que los actores sociales y político-administrativos hacen de él como recurso.

Con Ramón Soriano (1997) es posible obtener algunas herramientas conceptuales que pueden ser ajustadas a esta propuesta analítica, con el fin de hacer una lectura más detallada acerca de las funciones sociales que tiene el derecho cuando es empleado como recurso por parte de los actores sociales y político-administrativos en la PPDFM. En su libro *Sociología del Derecho* (1997), Soriano ofrece un derrotero de siete funciones sociales del derecho en la sociedad, a saber: funciones organizativas, funciones orientativas y persuasivas, funciones de control social, funciones de resolución de conflictos, funciones legitimadoras del poder, funciones distributivas y funciones promocionadoras (Soriano, 1997).

Se opta por indagar en torno a tres funciones sociales específicas del derecho, dos de ellas desarrolladas por Soriano: las funciones de legitimación y de distribución.

La función legitimadora del derecho, explica Soriano, consiste en la legitimidad que el derecho le proporciona al gobernante en un Estado de derecho. Según el autor, “el derecho legitima al gobernante, si accede al poder conforme a sus normas, y si además toma sus decisiones conforme a los procedimientos establecidos por ellas” (Soriano, 1997, pág. 390). Sin embargo, Soriano amplía esta visión formal de la legitimidad legal que provee el derecho, propia de Estado de derecho liberal, hacia una visión consensuada de la legitimidad, propia de los Estados democráticos de derecho, cuando afirma:

En la actualidad no bastan estas fórmulas de corte liberal para sustentar el poder, sino que es necesaria la eficacia de las mismas y que permitan la participación de los ciudadanos en su aplicación. La crítica actual al esquema de un Estado social de Derecho, al que le falta la representación social y en el que las vías de participación son mediatizadas por las elites de los partidos y las dependencias de una política de mercado, tiene su origen en la demanda de un nuevo tipo de legitimidad, que podríamos llamar legitimidad participativa, ya que en ella el dato básico es el de la participación ciudadana en el proceso de las decisiones políticas. No basta el acceso legal al poder, ni el ejercicio reglado del mismo, si los ciudadanos no toman parte mediante

su representación real y fiable en los cauces y órganos donde se producen las decisiones políticas. (Soriano, 1997, pág. 390).

Otra función social del derecho formulada por Ramón Soriano y retomada como la segunda función importante para este artículo es la que el autor denomina “función distributiva o de reparto de ventajas y cargas entre los ciudadanos y grupos de la sociedad” (Soriano, 1997, pág. 392). Esta función se refiere al empleo que hacen ciertos actores del derecho con propósitos de asignar cargas, beneficios, derechos y deberes a la ciudadanía. En palabras del mismo autor:

De la función distributiva podemos adoptar una acepción más amplia: la distribución legal de derechos y deberes (macrodistribución o distribución legal) o la distribución de recursos y cargas entre los ciudadanos en el tráfico jurídico ordinario, siguiendo las reglas generales preestablecidas por el derecho (microdistribución). (Soriano, 1997, pág. 392).

Esta función corresponde generalmente al uso del derecho por parte de actores institucionales como los legisladores, las cortes o el mismo gobierno. Se amplía esta lectura de la función distributiva del derecho, para observar cómo los actores de las políticas públicas territoriales, concretamente actores político-administrativos y actores sociales, también hacen uso del derecho orientado a cumplir esta función distributiva, específicamente en materia de restablecimiento de derechos para la población en situación de desplazamiento forzado.

Una tercera función, la cual no es desarrollada por Soriano, se refiere al papel que cumple el derecho como medio para la realización de la autonomía social, económica y política de los actores que tienen lugar en las políticas públicas. A esta función se le denominará aquí función emancipadora.

Esta lectura emancipadora del derecho es posible sustentarla en el abordaje sociológico del derecho, en el cual se observa cómo los movimientos sociales apelan a la normatividad del Estado para reivindicar derechos y redimir injusticias y agravios. En este sentido, resulta fundamental el abordaje que hace Julieta Lemaitre en su libro *El Derecho como Conjuro* (2009), en el cual se plantea una interesante lectura entre ordenamiento jurídico y movimientos sociales en Colombia, donde estos últimos, a pesar de contar con situaciones históricas, sociales, económicas, políticas y legales adversas, sumado a un prolongado contexto de violencia<sup>6</sup> (González, 2006), depositan su confianza en el derecho como una herramienta para lograr el cambio social.

---

6 Para profundizar en la categoría de contexto de violencia prolongada para el estudio de la acción colectiva de los movimientos sociales en Colombia, ver los trabajos de la profesora Adriana González, del Instituto de Estudios Políticos de la Universidad de Antioquia.

Estas funciones sociales del derecho permiten profundizar en la lectura sobre cómo los actores sociales y político-administrativos de la PPDFM hacen uso del derecho como un recurso con funciones de legitimación de la política pública y de su participación en ella, con funciones distributivas para el restablecimiento de derechos y con funciones emancipadoras orientadas a proporcionar condiciones de autonomía social, política y económica para algunos actores.

Cabe mencionar, a modo de precisión conceptual, que se asume una lectura crítica de las funciones sociales del derecho, evitando incurrir en posturas estructural-funcionalistas que partan de una idea determinista del derecho como variable explicativa per se del comportamiento social y que no se cuestionen cómo el derecho se puede transformar en el tránsito entre el deber ser y el ser, o entre lo que la norma pretende hacer y lo que realmente hace, de acuerdo a su instrumentalización por parte de los actores de las políticas públicas y de los actores sociales y político-administrativos en la PPDFM como caso particular de estudio.

## **2. EL DERECHO COMO RECURSO CON FUNCIÓN LEGITIMADORA, DISTRIBUTIVA Y EMANCIPATORIA**

A continuación se hace un análisis sobre los principales usos que ha tenido el derecho instrumentalizado como recurso estratégico por parte de actores político-administrativos y de actores sociales en la PPDFM como construcción territorial de política pública en el Municipio de Medellín para intervenir el problema del desplazamiento forzado y atender integralmente a la población en situación de desplazamiento forzado.

### **2.1 EL DERECHO COMO RECURSO CON FUNCIÓN LEGITIMADORA PARA ACTORES POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS Y SOCIALES EN LA PPDFM**

Gobernar de acuerdo a políticas públicas significa llevar a cabo la intervención institucional de los problemas públicos en el marco de los principios constitucionales del Estado democrático de derecho y con la participación intelectual y práctica de la ciudadanía (Aguilar, 1992, pág. 33). Esto da pie para hablar de gobiernos democráticos que no solamente se legitiman con base en los procesos electorales mediante los cuales son elegidos, sino también de la posibilidad de legitimar los procesos de decisión y los resultados de la implementación planificada de esas decisiones, por medio del involucramiento activo de la ciudadanía en estos escenarios de gobierno a través de políticas públicas.

En ese sentido, la legitimidad de las políticas públicas territoriales depende, en parte, del apego legal-racional-burocrático de la acción pública en los departamentos, distritos y municipios de Colombia, que permita hablar en ese sentido de políticas públicas basadas en derecho, es decir, en las diferentes normas del Estado colombiano. Por otra parte, la legitimidad de las políticas públicas territoriales también depende del reconocimiento que tengan en la sociedad civil, para lo cual resulta vital que el agendamiento, diseño, implementación y evaluación de estas políticas se base también en criterios de participación democrática de diversos sectores de la sociedad civil, en el marco de procesos de construcción de gobiernos democráticos y participativos.

En el proceso de formulación e implementación de la PPDFM es posible observar cómo el derecho ha sido un recurso instrumentalizado por diversos actores, en aras de legitimar la construcción de la política pública con base en un marco de sentido normativo, como una forma de intervención institucional válida sobre el fenómeno del desplazamiento forzado en Medellín; también ha sido empleado como un recurso para legitimar la participación de actores sociales en el agendamiento, diseño e implementación de esta política pública, entre los que se cuentan las OPD y las ONG que han acompañado este proceso de la política.

Una manifestación concreta de estos usos del derecho como recurso con función legitimadora se expresa en la forma en la cual los actores político-administrativos territoriales, específicamente el Concejo del Municipio de Medellín, recurren a sus facultades constitucionales y a sus competencias legales y administrativas como corporación pública del orden territorial, para aprobar, mediante Acuerdo Municipal 049 del año 2007, “la política pública para la prevención del desplazamiento forzado, la protección, reconocimiento, restablecimiento y reparación de la población afectada en el Municipio de Medellín”<sup>7</sup>.

En este orden de ideas, la Constitución Política a través de varios de sus artículos, leyes como la 387 de 1997, sentencias emblemáticas como la T-025 de 2004, entre otras disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales, se convirtieron en las principales herramientas jurídicas mediante las cuales se le dio legitimidad legal a la PPDFM.

Vale la pena precisar que estos usos del derecho no se reducen a la invocación de estos marcos normativos por parte de actores de la administración municipal de Medellín, con el fin de proporcionar validez a su intervención sobre el problema público

---

7 Concejo de Medellín. Acuerdo 049 de 2007. “Por el cual se adopta la Política Pública para la Prevención del Desplazamiento Forzado, la Protección, Reconocimiento, Restablecimiento y Reparación de la Población Afectada por el Desplazamiento Forzado en el Municipio de Medellín”.

del desplazamiento forzado en este territorio. El derecho del Estado colombiano, así como otros instrumentos normativos del derecho internacional público, como los pactos, cartas, declaraciones y demás expresiones del derecho de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, también fueron recurrentemente empleados en la construcción de los discursos y acciones reivindicativas de las OPD y de varias ONG de Medellín como Corporación Región, Fundación Sumapaz, ANDAS, el IPC, entre otros actores sociales que acompañaron permanentemente el proceso de identificación, definición y agendamiento del problema público de desplazamiento forzado en Medellín, los cuales también estuvieron presentes en el diseño e implementación de la PPDFM.

El derecho también resulta ser en la PPDFM un recurso importante para legitimar la intervención de ciertos actores, definiendo por ejemplo a los responsables de atender el problema público del desplazamiento forzado, especialmente a la población víctima de esta problemática. En ese sentido, la PPDFM delimita a través de un marco institucional a los actores con responsabilidad legal. Sin embargo, resulta interesante ver que en esta política pública también se articularon otros actores sin obligaciones legales, pero relacionados con el problema público que pretende atender la política, bien sea como afectados o como interesados.

Así, la PPDFM terminó contando con la presencia de actores de diversa índole, entre ellos: actores de la administración municipal de Medellín, como secretarías de despacho de la Alcaldía; actores sociales como las OPD y varias ONG; escenarios mixtos donde se encontraban actores político-administrativos y sociales, como el Comité Local de Atención Integral a la Población Desplazada (en adelante CLAIPD); entre otros actores del nivel nacional con presencia en el territorio, como el Ministerio Público, a través de la Personería Municipal y la Defensoría del Pueblo, o las unidades territoriales de Acción Social (Naranjo, Lopera y Granada, 2009, págs. 99-100).

Otra manifestación de la función de legitimación que cumplió el derecho en la PPDFM, se evidencia en el uso de las facultades legales que hizo la administración municipal de Medellín durante el proceso de aprobación, diseño e implementación de la política pública, con el acompañamiento de actores sociales como las OPD y las ONG, para llevar a cabo la puesta en funcionamiento de dos espacios que resultaron decisivos durante la ejecución de esta política pública: la Gerencia técnica de atención integral al desplazamiento forzado, orientada a liderar el diseño del Plan Integral Único (PIU) para la atención a la población desplazada (Granada, 2012, pág. 93), con el propósito de articular toda la oferta y la atención a esa población en el Municipio de Medellín (Murcia, 2011, pág. 202); y el CLAIPD, que si bien es la expresión territorial del Sistema Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada (SNAIPD), en el marco de la PPDFM hubo una apuesta importante

por articular allí actores estratégicos del Estado y de la sociedad civil en torno a la atención a la población desplazada en el Municipio de Medellín.

En la construcción de estos espacios no solamente se hace manifiesta la legitimidad legal de las autoridades gubernamentales territoriales para diseñar e implementar acciones orientadas a poner en marcha en el territorio una política pública de atención a la población desplazada con un fuerte componente técnico, sino también cómo se hace uso de esas facultades legales para legitimar la participación de otros actores no institucionales en la implementación de la política pública, para darle también un componente participativo.

En resumen, el derecho ha sido un recurso decisivo a la hora de legitimar legalmente la PPDFM, se ha podido evidenciar la forma como diversos actores, tanto político-administrativos como sociales, se han empoderado del derecho para emplearlo en función de la legitimación de su participación en la política pública en cuestión.

## **2.2 EL DERECHO COMO RECURSO CON FUNCIÓN DISTRIBUTIVA PARA LOS ACTORES POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS Y SOCIALES EN LA PPDFM**

El derecho también ha jugado un papel importante en la PPDFM en materia de restablecimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento. Diversos actores político-administrativos y sociales de Medellín han instrumentalizado de varias maneras este recurso en la política pública con el ánimo de superar en el nivel territorial el “estado de cosas inconstitucional en materia de desplazamiento forzado”<sup>8</sup> declarado por la Corte Constitucional colombiana por medio de la Sentencia T-025 de 2004 y varios de sus autos de seguimiento.

En este sentido, y con respecto a la función legitimadora del derecho en la PPDFM, cabe decir que esta política pública no solamente ha descansado en su “legitimidad de origen” (Naranjo, Lopera y Granada, 2009, pág. 102), basada en su aprobación mediante Acuerdo municipal 049 del 2007, sino en su énfasis en los derechos de la población desplazada, en el cual fue decisivo el papel de diversos actores que incidieron en la inclusión de este enfoque en el diseño de la PPDFM.

El marco conceptual, el objetivo y la definición misma de esta política pública hacen alusión a la adopción de un enfoque de derechos, a través del cual se reconoce a la población desplazada como sujeto de derechos y a la política pública como un instrumento de realización de derechos (Naranjo, Lopera y Granada,

---

8 Corte Constitucional. Sentencia T-025 de 2004. Bogotá D.C.-Colombia, Enero 22 de 2004.

2009, págs. 98-99). Este enfoque es primordial en la PPDFM, ya que da pie para implementar acciones integrales en la política pública, enmarcadas en componentes como la prevención, la protección, la atención humanitaria de emergencia, la reparación y el restablecimiento de derechos de la población en situación de desplazamiento forzado asentada en Medellín<sup>9</sup>.

El enfoque de derechos que toma la PPDFM está acompañado de otros enfoques como el diferencial, el poblacional y participativo, el territorial, el medioambiental y el de desarrollo, los cuales proporcionan un marco de sentido a las acciones de la política pública en términos de ver el tema de los derechos de la población desplazada como un asunto que demanda una intervención diferencial de acuerdo a las particularidades de la población, del territorio, de los derechos vulnerados, y en torno al carácter participativo de las acciones de la política pública, donde resulta vital comprender a la población desplazada como sujeto de derechos, como sujeto político y como sujeto de su propio desarrollo, en el proceso de superación del estado de cosas inconstitucional en la que se encuentra sumergida.

En este orden de ideas, la participación de actores político-administrativos y sociales en la construcción de la PPDFM fue significativa a la hora de consolidar esta política pública no solamente como un instrumento de acción pública, sino también como un escenario para la conquista de derechos

Al mismo tiempo la población ha participado en los momentos de planeación, ejecución, incluso en procesos de evaluación de las acciones estatales, acompañada y acompañando a organizaciones no gubernamentales, al Ministerio Público, entre otros. Las políticas públicas, sus momentos y escenarios son dinámicos, en los que se manifiestan, se crean y se aprovechan oportunidades, unas veces para avanzar en la conquista de derechos, en otros casos para continuar con el accionar mismo (IEP- ACNUR-Municipio de Medellín, 2009, citado por Granada, 2012, pág. 86).

Se tiene entonces que la construcción de la PPDFM como un ejercicio de realización de derechos para la población en situación de desplazamiento forzado en Medellín no ha sido exclusivamente tarea de actores político-administrativos como el Concejo de Medellín, quien aprobó en el año 2007 la política pública, ni de las secretarías y unidades gubernamentales encargadas de ejecutar los programas y proyectos incluidos en las fases de atención humanitaria, protección, reparación y restablecimiento de derechos.

Por un lado, esto es producto de un ejercicio de coordinación con otros actores del nivel nacional, encaminado a poder llevar a cabo una política pública territorial

---

9 Concejo de Medellín. Acuerdo municipal 049 de 2007. Págs. 3-5.

de atención integral a la población desplazada coherente con las directrices del gobierno nacional, de la legislación producida en materia de desplazamiento forzado y de la jurisprudencia, especialmente de la Corte Constitucional, orientada a atender con prontitud y a través de políticas públicas a la población desplazada. En este sentido ha sido importante la articulación en la PPDFM de los actores político-administrativos del nivel territorial municipal con los delegados para los territorios de agencias del orden nacional como de la otrora Acción Social, así como de las interpretaciones y usos que estos actores hacen del derecho, de cara a la superación de la situación de vulneración sistemática de los derechos de la población desplazada<sup>10</sup>.

Por otro lado, el papel de actores sociales como las OPD y ONG como Región, el Instituto Popular de Capacitación (IPC), Fundación Sumapaz, entre otras, ha sido primordial en la instrumentalización del derecho estatal colombiano (leyes, decretos, jurisprudencia, disposiciones constitucionales), del derecho internacional público (de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario), así como de la participación en la construcción de derecho alternativo (como el derecho a la ciudad), en el proceso de agendamiento, formulación e implementación de la PPDFM, esta última como uno de los mecanismos que estos actores sociales han identificado y en los cuales han participado como posibilidad de realización de los derechos de la población en situación de desplazamiento forzado en Medellín.

En resumen, diversos actores político-administrativos y sociales han empleado el derecho como recurso para contextualizar la PPDFM en un escenario de vulneración de derechos y como un instrumento de realización de derechos. En ese plano, el derecho no solamente es empleado por los actores con el propósito de legitimar la política pública y su participación en ella, sino que también utilizan el derecho como marco normativo para una política pública con enfoque de derechos, encaminada a intervenir en lo territorial el estado de cosas inconstitucional frente al fenómeno del desplazamiento forzado y la vulneración sistemática de los derechos de la población afectada por este, en este caso específico, tomando como contexto espacial, social, político, administrativo y analítico las dinámicas propias de esta experiencia de política pública en el Municipio de Medellín.

---

10 Estas interpretaciones y usos del derecho no siempre han sido armónicos entre los actores institucionales. Algunos antecedentes a la PPDFM muestran cómo la Personería de Medellín jugó un papel fundamental en la protección de los derechos de la población desplazada, recibiendo sus denuncias y orientándolas en materia de oferta institucional, además, acompañándola en los procesos de desalojo que fueron regulares en las administraciones municipales previas a la creación de la PPDFM y a su incorporación en el Plan de Desarrollo del Alcalde Alonso Salazar 2008-2011. Para profundizar en este aspecto se puede recurrir a varios trabajos de los autores de este artículo, inscritos en la Línea MFRP del IEP de la Universidad de Antioquia: (Granada, 2008; 2012) (Murcia, 2010; 2011).

### **2.3 EL DERECHO COMO RECURSO CON FUNCIÓN EMANCIPADORA PARA LOS ACTORES POLÍTICO-ADMINISTRATIVOS Y SOCIALES EN LA PPDFM**

El derecho también puede ser un recurso para la emancipación, entendida esta como el logro de autonomía de los actores en esferas como lo social, lo político y lo económico. No se trata de una emancipación absoluta, tampoco de una oda a la anarquía, sino del logro de mayores niveles de libertad positiva y negativa de los ciudadanos frente a la figura inmediata de autoridad, en este caso del Estado. Aquí también ocupan un lugar preponderante las políticas públicas como forma de acción pública.

En ese sentido, las políticas públicas son un instrumento de gobierno que evitan generar dependencia de la sociedad frente al Estado —como ha sucedido en los Estados proteccionistas— sino que buscan generar espacios de gobierno donde confluyan la participación y los recursos de la institucionalidad estatal y de la sociedad civil (Aguilar, 1992).

En relación a esto, los actores político-administrativos y los actores sociales que han coincidido en la PPDFM han instrumentalizado de varias maneras el derecho, buscando a través de diversas acciones intervenir el problema público del desplazamiento forzado en Medellín para superar el estado de cosas inconstitucional, restablecer los derechos de la población en situación de desplazamiento forzado y garantizar su autonomía como sujetos de derechos.

Por parte de los actores político-administrativos, este tipo de instrumentalizaciones del derecho se han visto reflejadas en algunas apuestas reflejadas en el diseño de la PPDFM con enfoque de derechos, orientadas a restablecer los derechos de la población desplazada y a generar mayores condiciones de autonomía para esta población. Una de estas apuestas se ve en el reconocimiento que los actores político-administrativos que aprobaron la PPDFM hicieron de la población víctima como sujetos de derechos, con incidencia en lo público y reconociendo sus capacidades para la organización (Granada, 2012, pág. 93).

Otra apuesta estuvo expresada en los escenarios de fortalecimiento organizativo para las OPD promovidos por la institucionalidad para la incidencia de esta población en la política pública. En este sentido, actores político-administrativos como la Gerencia Técnica y otros mixtos como el CLAIPD fueron estratégicos a la hora de interpretar las competencias legales del Municipio de Medellín a la hora de propiciar condiciones para la participación de la población desplazada, como elemento primordial para el restablecimiento de los demás derechos vulnerados. En ese sentido, la consolidación de la población desplazada como

sujetos políticos es condición sine qua non para su consolidación como sujetos de derecho autónomos.

No obstante, algunas acciones y actores político-administrativos no han sido tan efectivos a la hora de emplear el recurso del derecho para promover condiciones de autonomía para la población desplazada en el marco de la PPDFM, sino que su labor ha generado, en ocasiones, mayores condiciones de dependencia frente al Estado y a los recursos económicos que se ponen a disposición para la atención básica de la población víctima. Véase el caso de los subsidios, que en ocasiones genera prácticas asistencialistas por parte del Estado, retardando la consolidación de sujetos de derechos y sujetos políticos protagonistas de su desarrollo y de superación de la condición de extrema vulnerabilidad.

Los actores sociales también han usado estratégicamente el derecho como recurso en la PPDFM con el propósito de generar autonomía frente al asistencialismo estatal y a la caridad privada.

Las OPD, acompañadas en varios momentos por ONG de Medellín, han sido protagonistas en diversos escenarios de la PPDFM, tanto formales dispuestos por la institucionalidad, como en otros espacios periféricos pero muy cercanos a la política pública, en los cuales la población desplazada ha echado mano del derecho como recurso para exigir derechos políticos, civiles, económicos, sociales y culturales. Estas formas de instrumentalizar el derecho por parte de las OPD ha demostrado la versatilidad de sus capacidades para la acción colectiva en las políticas públicas.

En el marco de la PPDFM las OPD han mostrado capacidad para utilizar el derecho como recurso para alcanzar autonomía en los espacios de deliberación de esta política pública, donde su reconocimiento como sujetos políticos y de derechos, le dan la autonomía para hacerse partícipes, o no, de esos espacios dispuestos por la institucionalidad para atender el problema del desplazamiento forzado en Medellín.

No obstante, las OPD también han echado mano de sus derechos para construir discursos, a veces, en contra del mismo derecho, cuando este se torna injusto o sienten que impide la realización de su autonomía social, económica y política. Un ejemplo de ello es la recurrencia de las OPD a tomar herramientas jurídicas del derecho de los derechos humanos, del derecho constitucional y del derecho a la ciudad para oponerse a decisiones o acciones que se dan en el marco de la PPDFM o de otras políticas públicas, como son los desalojos en los asentamientos colectivos de hecho. Estas últimas son acciones administrativas amparadas en el derecho y en ciertas políticas que vulneran seriamente los derechos de la población desplazada y chocan contra las acciones colectivas mediante las cuales esta población ha intentado auto-proveerse derechos que el Estado no ha sido capaz de

satisfacer plenamente, como una vivienda o los servicios públicos domiciliarios, y estos en conexidad con derechos fundamentales como la vida, la libertad y la dignidad (Murcia, 2011).

## CONCLUSIONES

Resulta conveniente recordar que el derecho es un recurso estratégico para los actores en las políticas públicas, pero no es el único. Existen otros recursos con los cuales cuentan los actores a la hora de poner en juego sus intereses en las políticas públicas. En esa línea autores como Knoepfel et al., (2007) plantean la existencia de otros recursos con los cuales cuentan los actores en las políticas públicas, como el dinero, la fuerza, la infraestructura, la capacidad organizativa, entre otros.

En la PPDFM es posible evidenciar también cómo los actores político-administrativos y sociales intercambian y ponen en juego otros tipos de recursos para lograr diversos objetivos. El apoyo político, en términos de Knoepfel y sus colegas, por ejemplo, ha sido otro recurso valioso tanto para la institucionalidad como para las OPD y las ONG a la hora de lograr poner en la agenda gubernamental una política pública de atención integral a la población desplazada en el Municipio de Medellín. Estas dinámicas pueden ser leídas en clave de las oportunidades políticas que han tenido los diversos grupos sociales, políticos e institucionales que se han movilizad o en Medellín por la inclusión en la agenda de gobierno de la PPDFM, tanto en el 2007 para lograr su aprobación en el Concejo Municipal, como en el 2008 para lograr su inclusión en el Plan de Desarrollo Municipal 2008-2011 (Granada, 2012).

Incluso, si se indaga sobre los procesos anteriores a la aprobación de la PPDFM, es posible reconstruir unos procesos de identificación y definición del problema público del desplazamiento forzado en Medellín por parte de la población en situación de desplazamiento y otros sectores de la sociedad, a través principalmente de las OPD, de varias ONG y de la misma Iglesia Católica a través de Pastoral Social, donde se pusieron en juego otros recursos como la capacidad organizativa y de movilización social, para visibilizar a través de vías de derecho (como las acciones de tutela y los derechos de petición), pero también por vías de hecho (como los asentamientos colectivos y las tomas de espacios públicos y privados), la necesidad de construir una política pública para atender la tragedia del desplazamiento forzado en el Municipio de Medellín.

No obstante, en este artículo se analizan las formas en las cuales algunos actores sociales y político-administrativos han empleado el derecho como un recurso estratégico en la PPDFM, reconociendo la existencia de otros recursos importantes,

pero que no hacen parte del objeto de estudio de este artículo. Así como se podría explorar la existencia de otros tipos de actores diferentes a los que se trabajan aquí, se podrían encontrar otros recursos, pero esas discusiones quedan presentadas en estas conclusiones como futuras líneas de investigación, las cuales por razones de extensión y pretensión no son abordadas en este escrito.

De hecho, estudiando solamente el derecho, podrían encontrarse otras funciones sociales que ha cumplido este recurso en la PPDFM mediante su instrumentalización por parte de diversos actores: funciones organizativas, persuasivas, de resolución de conflictos, promocionadoras, entre otras.

Estas conclusiones llevan a un plano de discusión importante y que amerita ser investigado a futuro, y es que el derecho casi nunca aparece solo como recurso de los actores en las políticas públicas. Generalmente, este viene acompañado de otro recurso que tienen estos actores a su disposición: la práctica de la acción política. Por eso, en muchas ocasiones se ha hablado del derecho más como un instrumento jurídico-político, que meramente jurídico, y es porque su instrumentalización tiene un carácter político.

Lo anterior exige profundizar en dos cuestiones que por razones de espacio y de coherencia con el objetivo de este artículo no serán desarrolladas aquí, pero que se enuncian como parte futura de la agenda de investigación de la LMFRRP.

Uno de estos temas, el cual se da en un campo disciplinar entre las políticas públicas y la Ciencia Política, tiene que ver con la discusión clásica sobre la relación entre política (*politic*) entendida como acciones y relaciones orientadas a la adquisición del poder estatal (procesos electorales, alianzas, juegos de poder político), lo político (*polity*) entendida como la esfera de acción estatal y las políticas públicas (*policies*) entendidas como resultado de las decisiones y acciones producto de la relación entre la política y lo político, o entre la acción política y la acción pública, si se quiere. En escritos como este se asume una posición de vinculación entre la política, lo político y las políticas, en oposición a otras lecturas que separan la política de lo político y de las políticas<sup>11</sup>.

El otro tema pasa por una discusión teórica de la disciplina del derecho, donde hay un choque clásico entre quienes respaldan lecturas relacionales entre derecho

---

11 Esta discusión tiene tanto de largo como de ancho, ya que, sin duda, desde ciertas posiciones teóricas, esta definición general que se acaba de suministrar sobre políticas públicas, puede ser respaldada, así como desde otras posiciones teóricas puede ser rechazada. En esta definición se asume que las políticas públicas no son el mero resultado de las decisiones de la burocracia, por lo cual se adopta una posición relacional entre acción política y acción pública. Para profundizar sobre este tema se puede acudir a autores como Yves Surel (2006).

y política (sobre todo desde la sociología jurídica) y quienes rechazan este tipo de vinculaciones (sobre todo positivistas ortodoxos).

Apuestas analíticas como la que se propone en este apartado de conclusiones, a modo de futuras agendas investigativas, exigen adoptar posturas relacionales entre el derecho y la política, que permitan ver a ambos como recursos que pueden ser utilizados por los actores de las políticas públicas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, Luis (1992). Estudio introductorio. En: *El estudio de las políticas públicas*, México: Miguel Ángel Porrúa.
- Atehortúa Arredondo, Clara Inés (2007). Caracterización del desplazamiento forzado intraurbano en Medellín. Medellín.
- Echeverri Pinilla, Ana María (2008). “Red de Políticas Públicas Una mirada Territorial a la Gestión Pública”. En: *I Primer Congreso Nacional de Ciencia Política en Colombia*, Universidad de los Andes, Bogotá. 2008. pp. 1-35.
- González Gil, Adriana. (2006). “Acción Colectiva en contextos de violencia prolongada”. En: *Estudios Políticos* No. 29, pp. 9-60.
- Granada Vahos, James Gilberto. (Enero-junio de 2012). “Acción colectiva y oportunidades políticas en escenarios de políticas públicas: el caso del desplazamiento forzado en Medellín”. En: *Estudios Políticos*, No. 40. Medellín, pp. 76-97.
- Jolly, Jean-François (2010) ¿Existe un enfoque francés de política pública? En: *Enfoques para el análisis de políticas públicas*, Bogotá, Universidad Nacional, pp. 231-252.
- Knoepfel, Peter, Larrue, Corinne, Varone, Frédéric, Hinojosa, Miriam. (Enero-junio de 2007) “Hacia un modelo de análisis de políticas públicas operativo. Un enfoque basado en los actores, sus recursos y las instituciones”. En: *Ciencia Política*, No 3. Santafé de Bogotá.
- Lemaitre, Julieta (2009). *El Derecho como Conjuro. Fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Siglo del Hombre Editores-Universidad de Los Andes. Bogotá.
- Muller, Pierre (2006). *Las políticas públicas*. 2da ed. Colombia. Universidad Externado de Colombia.
- Murcia, Jonathan (2011). *Población desplazada en Medellín: acción colectiva y reivindicación del derecho a la ciudad, 2000-2009*. Colección: Mejores Trabajos de Grado. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Naranjo Giraldo, Gloria, Lopera Morales, Juan Esteban, Granada Vahos, James. (Julio-diciembre de 2009) “Las políticas públicas territoriales como redes de política pública y gobernanza local: la experiencia de diseño y formulación de las políticas públicas

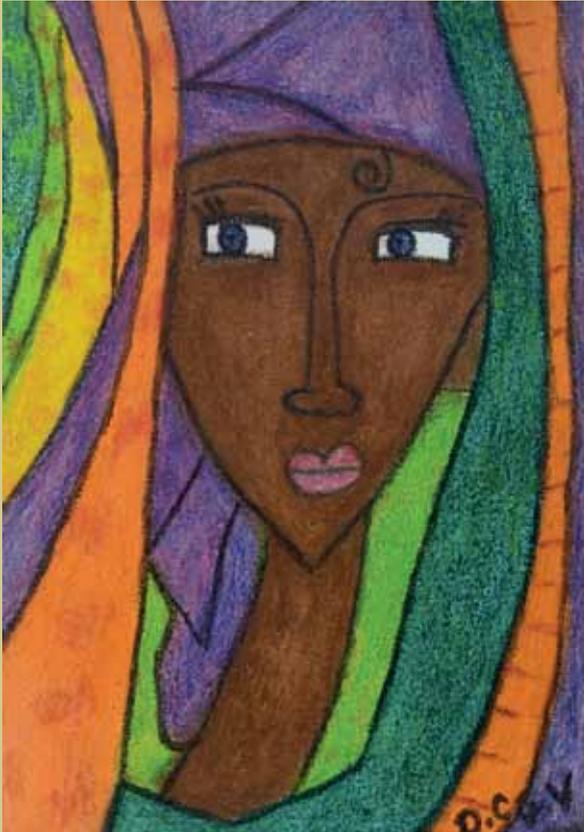
sobre desplazamiento forzado en el departamento de Antioquia y la ciudad de Medellín”. En: Estudios Políticos, No. 35, pp. 81-105.

RothDeubel, AndréNoël (2003). Políticas públicas: formulación, implementación y evaluación, Bogotá, ediciones Aurora.

Sartori, Giovanni. La Política. Lógica y Método en las Ciencias Sociales. Fondo de Cultura Económica. México.

Soriano, Ramón. (1997). “Las Funciones sociales del Derecho”. En: *Sociología del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona. Capítulo XX.

Surel, Yves (2006). “Relaciones entre la política y las políticas públicas”. México: Flacso. Coords. Rolando Franco, Jorge Lanzaro, pp.43-73.



Título: Afro 2  
Técnica: Óleo pastel

## ***EL DOLO EVENTUAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: PERIODO 1980-2011\****

\* Este texto es el resultado del *Pequeño proyecto de investigación* “Consideraciones procesal penales y político-criminales a la figura del dolo eventual en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en el periodo 1980-2011”, avalado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia en el año 2011.

Fecha de recepción agosto 28 de 2013  
Fecha de aprobación: octubre 4 de 2013

## EL DOLO EVENTUAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: PERIODO 1980-2011

*Vanezza C. Escobar Behar*\*\*  
*Sebastián Monsalve Correa*\*\*\*

### RESUMEN

El presente texto aborda la aplicación de la figura del dolo eventual en Colombia a partir del análisis de algunas sentencias que la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha emitido al respecto, en un marco temporal que comprende el Código Penal de 1980 y la ley 599 de 2000. Previamente se realiza, de manera sucinta, una presentación de las discusiones que se han dado en la doctrina sobre esta figura.

**Palabras clave:** Dolo eventual, Dolo eventual en Colombia, Accidentalidad vial, Homicidio con dolo eventual, Jurisprudencia sobre dolo eventual.

### THE *DOLUS EVENTUALIS* IN THE JURISPRUDENCE OF THE *CORTE SUPREMA DE JUSTICIA*: PERIOD 1980-2011.

#### ABSTRACT:

This paper addresses the application of the figure of *dolus eventualis* in Colombia from the analysis of some sentences that the *Corte Suprema de Justicia* has issued in this respect, in a time frame that includes the Criminal Code of 1980 and Act 599 of 2000. Previously, a presentation of the discussions that have taken place in the doctrine on this figure is briefly considered.

**Keywords:** *dolus eventualis* - *dolus eventualis* in Colombia - Road Accidents - Homicide with *dolus eventualis* - Jurisprudence on *dolus eventualis*

---

\*\* Abogada de la Universidad de Antioquia. Investigadora principal. Correo electrónico: vanesaceb@hotmail.com

\*\*\* Abogado de la Universidad de Antioquia. Co-investigador. Correo electrónico: sebitas.monsalve@gmail.com

# EL DOLO EVENTUAL EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA: PERIODO 1980-2011

*“Creíamos que estábamos domesticando al Leviatán, y nos dimos cuenta de que lo estábamos nutriendo y robusteciendo, al presentarlo como el defensor de las víctimas, como un formidable “luchador” que usa la ley penal como un arma [...]”.*

Donini, 2011: 60.

## 1. INTRODUCCIÓN

La dogmática penal se ha caracterizado no solo por construir e interpretar conceptos jurídico-penales, sino también por ser un espacio de legitimación del poder punitivo y de su ejercicio (Schilardi, 1999: 342). Al ser, después de la jurisprudencia, el discurso que comenta la ley penal o *los asuntos penales*, tiene a la vez la posibilidad de ejercer sobre las decisiones judiciales y legislativas un control de verdad y normalización que en ocasiones recae sobre el mismo discurso de los doctrinantes.

Así, las reflexiones sobre el ejercicio dogmático en el derecho penal han llevado a muchos autores a afirmar que su importancia radica en elaborar postulados racionales, abstractos y universales que generen seguridad jurídica en la aplicación de las leyes.<sup>1</sup> Otros autores en cambio critican las pretendidas funciones limitadoras del derecho penal que resultan re-legitimándolo y expandiéndolo, así por ejemplo Donini (2011: 99) cuestiona sagazmente el papel legislador de los comentaristas del derecho penal en la medida que lo expanden, e inflan las disposiciones normativas con interpretaciones de figuras jurídicas, incluso no contempladas en los Códigos Penales (así mismo, Muñoz 2007: 107). Se dice también que la “inundación de publicaciones “científicas” permite ofrecer soluciones contradictorias prácticamente a cada caso, con la consecuencia de que, o bien sencillamente no es tomada en cuenta

---

<sup>1</sup> Así lo entienden, entre otros, por ejemplo Schünemann (1991: 33), Roxin (1997:424-453), Gimbernat (1971: 9), Bustos Ramírez (1992:158) y Zaffaroni (2003: 79), quienes creen que en un modelo de estado constitucional la doctrina debe tender a la racionalización y -para los dos autores latinoamericanos citados- limitación del sistema penal.

por la praxis o, cuando lo es, permite “fundamentar” cualquier solución”(sobre el contexto alemán, Matus, 2008: 11 ,12).<sup>2</sup>

Partiendo de lo anterior, este texto pretende analizar algunas sentencias que la Corte Suprema de Justicia (organismo de cierre de la jurisdicción penal ordinaria colombiana) ha emitido sobre la figura del dolo eventual entre los años 1980 y 2011, con el objetivo de destacar que la dogmática penal, en lo que a la figura del dolo eventual se refiere, solo ha servido como legitimadora de cualquier postura que la judicatura asuma. Las fechas de la investigación corresponden al año de expedición del primer Código Penal que expresamente consagró el dolo eventual (decreto 100 de 1980) y la vigencia del Código Penal de 2000 –ley 599-, hasta el inicio de esta investigación. La finalidad de abarcar este espectro temporal radica en contrastar las decisiones sobre la materia emitidas por la Corte con dos disposiciones legales diferentes.<sup>3</sup>

Tras la introducción presentamos un capítulo que aborda en términos generales las discusiones doctrinarias que sobre la figura del dolo eventual se han elaborado, el tercer capítulo comprende el análisis jurisprudencial de algunas sentencias de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre dolo eventual; las que consideramos más representativas, y finalmente presentamos un capítulo con las conclusiones de la investigación.

---

2 A las dos críticas anteriores vale añadir el eje de la posición de Matus en sus cuestionamientos a la proliferación de citas y referencias que el derecho penal hispanohablante hace de autores alemanes (2008: 18; 2009), para él la dogmática penal ha servido para mantener privilegios entre los estudiosos del derecho penal quienes finalmente tienen la posibilidad de también *decir el derecho*; lo que nos remite a los postulados foucaultianos sobre el papel del comentario legal y -los discursos en general- de decir verdad, de determinar la validez de las fuentes y las autoridades de los discursos (Foucault, 1992: 31; 2007: 39 y ss).

A propósito de la autoría y la autoridad en los discursos cabe destacar la necesidad incesante de citas que requieren las discusiones jurídico-penales cuando se realizan desde el plano interno, esto es, desde la revisión de la dogmática, reforzándose así la idea de la autoridad académica como criterio de validez discursiva o de veridicción. Como el lector observará, en un estudio como el presente sobre una figura con vastísima elaboración doctrinaria (el dolo eventual) difícilmente se puede prescindir de las citas, que denotan múltiples matices, posturas divergentes, críticas a otras construcciones teóricas e interpretaciones de las mismas, en lo que parece una espiral interminable.

3 Queremos consignar aquí que a la fecha de iniciarse este proyecto eran pocos los textos que abordaban el tratamiento jurisprudencial del dolo eventual en Colombia, los trabajos de la profesora Gloria Gallego (1998; Sotomayor-Gallego, 1999) eran anteriores al Código Penal ahora vigente, y otros textos sobre el tema (Torres, 2002) no satisfacían nuestro interés por el mismo; debe decirse en cambio que, a partir de la publicitada sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 25 de agosto de 2010 (rad. 32964) la discusión sobre dolo eventual en la academia se avivó y fruto de ello son la tesis de maestría de Vallejo Castaño (2012), y el comentario a la citada sentencia que realizaron Velásquez y Wolfhügel, a los que se remitirá, en su momento, al lector interesado.

## 2. LA FIGURA DEL DOLO EVENTUAL EN EL DERECHO PENAL

Tradicionalmente la doctrina ha distinguido dos tipos de conductas que, si concurren otras categorías de la teoría del delito, pueden configurar responsabilidad penal: i. las conductas dolosas en las cuales el sujeto conoce y quiere la realización de los elementos constitutivos del tipo penal (dolo directo de primer grado) y, ii. las conductas imprudentes en las que siendo previsible la producción de un resultado lesivo fruto de la violación a un deber objetivo de cuidado o normas del tráfico jurídico del sujeto actuante –que precisamente buscaban evitar la producción de dicho resultado–, se viola una disposición penal; imprudencia que podría ser consciente o inconsciente dependiendo del grado de representación de producción del resultado por parte del agente (Cadavid, 1999)<sup>4</sup>.

Pero en la doctrina y la jurisprudencia se discute desde hace más de cien años si los casos en los que el sujeto realiza una acción no necesariamente ilícita *ab initio* pero que produce un *grave* resultado lesivo para bienes jurídicos<sup>5</sup> -previsible para el sujeto como posible o probable<sup>6</sup>, deben tratarse como imprudentes con representación o como casos dolosos (a título de dolo eventual), pues con las tradicionales definiciones de dolo e imprudencia saltan a la vista los reproches hacia el querer punir conductas con estructuras imprudentes como dolosas, evidenciándose el carácter político-criminal y no meramente dogmático de esa decisión, lo que inclusive autores que elaboran teorías sobre el tema reconocen tímidamente (Díaz, 1994: 45)<sup>7</sup>.

Se dice que pese a no existir consentimiento directo por parte del autor en la producción de los resultados lesivos previsible, algunas situaciones merecen la pena severa de los delitos dolosos debido a que generan un “mal sabor de boca”

---

4 Pues de forma pacífica se ha aceptado que en los casos en donde el agente para la obtención de determinado fin produce un resultado típico que necesariamente se derivaba de su conducta hay dolo (dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias), y frente a la preterintención se ha entendido que no es una tercera forma de imputación subjetiva, sino una simbiosis entre dolo e imprudencia (Zaffaroni, 2003: 524).

5 Para una presentación del concepto de bien jurídico y su aplicación en Colombia remitirse al texto “Aproximación al concepto de bien jurídico en un <<derecho penal colonizado>>: el caso colombiano” de la profesora Diana Restrepo Rodríguez (2010), el cual además aporta valiosos elementos para la comprensión de la influencia de doctrinas jurídicas foráneas en Colombia.

6 En una definición no muy clara, la doctrina señala que probable es más que posible y menos que preponderantemente probable, según Hellmut Mayer (citado en Díaz, 1994: 93)

7 Aquí la anterior contraposición entre política criminal y dogmática se refiere a las pretensiones de sistematicidad, racionalidad y coherencia que pretende la dogmática penal por un lado, y la toma de decisiones que responden a intereses circunstanciales del poder punitivo estatal –que la mayoría de veces no corresponde al modelo de estado que la Constitución declara– generalmente avocados al expansionismo y la represión penal.

y un “sentimiento de justicia” que no se compadecen con la pena para los delitos imprudentes (Díaz, 1994: 22; Ragués, 2004: 13). En casos en los que se generan riesgos *desorbitados* para bienes jurídicos, en los que se infringen múltiples normas de tránsito o de la profesión del agente, o de consecuencias de gran impacto social, ha sido especialmente en donde se discute lo anterior (cfr. 3.1). Ante ello un amplio sector de la doctrina y -como se verá- de la jurisprudencia, asume que se trata de situaciones merecedoras de una imputación dolosa por ser hechos de especial relevancia social, que generar un rechazo colectivo, y frente a los cuales el derecho penal debería responder de manera ejemplarizante (críticamente, Sotomayor-Gallego, 1999: 14). A continuación presentamos una breve síntesis de las principales teorías que sobre la figura en estudio ha elaborado la doctrina<sup>8</sup>.

## 2.1 EL DOLO EVENTUAL EN LA DOGMÁTICA PENAL

Los defensores de esta figura pueden clasificarse entre quienes asumen el dolo eventual como una especie de dolo (teorías tradicionales, y teorías normativas) y quienes defienden teorías unitarias del mismo. Como se verá, el grueso de las construcciones teóricas al respecto proviene de autores alemanes: se recurre a sus construcciones en primer lugar por la tradición jurídico-penal de los sistemas hispanoamericanos que se basan en ellas para importarlas o modificarlas de acuerdo a las necesidades punitivas de turno<sup>9</sup>, no obstante se referencian algunas posiciones que autores colombianos e hispanoamericanos asumen sobre el tema.

### 2.1.1 Dolo eventual como modalidad especial de dolo

**2.1.1.1** Entre las *teorías tradicionales* sobre dolo eventual se encuentran en primer lugar las teorías volitivas, que asumen que esta modalidad *dolosa* tiene un componente volitivo o psicológico que es precisamente el que las diferenciaría de conductas imprudentes. Entre ellas se destacan: **a.** La teoría del consentimiento, que aborda tres vertientes; en primer lugar la presentada por la jurisprudencia ale-

---

8 Para una exposición detallada del estado actual de la discusión en Alemania, y sus críticas, véase la extensa obra del argentino Gabriel Pérez Barberá “*El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental.*”; para la presentación de la problemática sobre esta figura puede remitirse también a la esclarecedora obra de Díaz Pita (1994).

9 Las investigaciones del jurista chileno Jean Pierre Matus apuntan a analizar el porqué la dogmática alemana es estudiada disciplinadamente en países hispanohablantes cuando allá prácticamente ignoran los textos académicos de Latinoamérica y España. A partir de ello el autor realiza interesantes reflexiones sobre el papel de la dogmática penal en nuestras sociedades. En una línea similar -aunque con un enfoque distinto, incluso más radical- a la de Matus, véase Diana Restepo (2010).

mana en los años cincuenta según la cual el agente además de prever el resultado lesivo de su acción, al actuar lo asiente interiormente, lo aprueba, o lo acepta “en sentido jurídico”.<sup>10</sup> Otros momentos de esta teoría estarían representados por las fórmulas segunda y primera de Frank; según la denominada *segunda fórmula de Frank* el sujeto se diría “suceda así o de otro modo, yo actúo” con lo que se ratifica una especie de consentimiento, y según la *primera fórmula de Frank* el criterio de distinción entre imprudencia y dolo eventual radicaría en que el sujeto reflexiona diciéndose “si lo que me parece probable fuera seguro, no obstante actuaría, (dolo eventual); si lo que me parece probable fuera seguro, no actuaría (imprudencia consciente)”. Entre las múltiples críticas que se han formulado a estas teorías destacamos la relativa al cambio de sentido que se le da al consentimiento, reemplazándolo por criterios objetivos consistentes en la representación y en la acción misma, en segundo lugar en las dificultades probatorias que frente al grado de representación o aceptación, según el caso, asumen estas teorías, además de un supuesto juicio por la personalidad del sujeto, y no por su conducta (Díaz, 1994: 173); y, **b.** La teoría del sentimiento o la indiferencia cuyo exponente, Engisch, señala que “hay dolo eventual cuando el sujeto o bien aprueba positivamente las posibles consecuencias concomitantes de su acción que pueden resultar lesivas para un bien jurídico protegido, o bien acepta dichas consecuencias con total indiferencia.” (Díaz, 1994: 178), y debería negarse la presencia del dolo cuando el sujeto espera que esas consecuencias no se materialicen, es decir cuando *no desea* la producción de las mismas. Frente a esta teoría Díaz Pita señala que se presenta el cuestionamiento en el plano emocional frente a la actitud interna del sujeto, lo que desembocaría en un derecho penal de autor y que nada diría de la voluntad, y en segundo lugar señala que hay casos en los que se presentan situaciones “acreedoras de una sanción dolosa” en las que el sujeto no es indiferente sino que rechaza su producción (1994: 179, 182). Esta teoría, no obstante, en Colombia es acogida por Torres Rodríguez, para quien la resignación o indiferencia frente al resultado equivale a consentirlo (2002: 163), y Fernando Velásquez para quien esta indiferencia es una ratificación que se caracteriza además por no intentar evitar el resultado lesivo, es decir, por dejarlo al azar (2004:344).

---

10 Esta teoría es fruto del famoso caso “del saco de arena o el cinturón de cuero” en el que dos sujetos planean hurtar bienes del domicilio de un tercero, quien los hospeda en su casa. Inicialmente piensan utilizar un cinturón de cuero para controlar a la víctima, pero ante la previsión de su muerte por estrangulamiento deciden usar un saco de arena para dejarle inconsciente sin herirlo. En el lugar de los hechos la víctima opone resistencia aún después de ser golpeado con el saco de arena, y uno de los sujetos –quien había llevado el cinturón de cuero sin que su colega lo supiera– usa el cinturón para inmovilizarlo, causándole la muerte. Para mayores detalles Pérez Barberá (2011: 176). Así, “El “consentimiento”, la “aprobación”, el “estar de acuerdo”, todas estas expresiones representan en alemán tomas de postura psíquicas de un autor que tiene a bien o juzga positivamente un determinado acontecimiento.” (Struensee, 2009: 7).

En segundo lugar, como tradicionales se entienden por la doctrina las teorías de la representación y la probabilidad. El núcleo de la teoría de la representación consiste en descartar el elemento volitivo como necesario para definir el dolo eventual, bastando la representación de la probabilidad de producción de un resultado lesivo, con lo que a la vez se niega la existencia de la imprudencia con representación; y las teorías de la probabilidad serían variaciones de aquella, relativas a los grados de probabilidad de producción de un resultado. Las críticas a las mismas consisten en cuestionar la eliminación de la figura de la imprudencia con representación y la consiguiente ampliación del ámbito doloso, y los desacuerdos respecto al nivel de probabilidad que un sujeto debe prever (Sotomayor-Gallego, 1999: 9,10).

**2.1.1.2** Como superación de las tradicionales teorías que parten de elementos ontológicos, las *teorías normativas del dolo* reconocen que dolo e imprudencia no son fenómenos ontológicos sino descripciones y valoraciones legales o normativas, y que la diferencia entre estas debe buscarse en los motivos o la *ratio legis* de mayor punibilidad de los delitos dolosos<sup>11</sup>. Tras este presupuesto estas teorías se dividen a su vez en cognitivas, “volitivas”, y las que consideran que el tipo y grado de riesgo son los determinantes para afirmar la existencia de dolo eventual:

- a. Teorías normativas cognitivas<sup>12</sup>. En términos generales debe decirse que las teorías cognitivas niegan que la voluntad tenga alguna incidencia en un ámbito que no sea la acción -a menos que el tipo penal de manera expresa lo exija- (Feijóo, 2002: 26; Díaz, 2006: 63; 1994: 159), y centran los criterios para determinar la concurrencia del dolo eventual en el conocimiento que a partir de la creación de un peligro tenga un sujeto<sup>13</sup>. Según estas teorías lo determinante es el conocimiento (como consciencia actual) *ex -ante* del sujeto sobre la producción de un resultado; si ese conocimiento es certero se configuraría dolo directo, si es casi seguro se trataría de dolo de consecuencias necesarias, y si es inseguro o incierto se estaría ante dolo eventual; que se diferenciaría de la imprudencia consciente en tanto en esta la producción del resultado se ve como remota o muy lejana. Asumir que el elemento característico del dolo

---

11 Para la exposición de las teorías volitivas y cognoscitivas de este nivel seguimos íntegramente el texto de Díaz Pita (1994: 23 y ss.)

12 Estas teorías según la autora referenciada, son defendidas en Alemania, entre otros, por Frisch, Herzberg, Platzgummer, Schimdhäuser, Schröder, y Hellmut Mayer. Y en España por Gimbernat Ordeig, Mir Puig y más recientemente por Bernardo Feijóo Sánchez para quien tanto imprudencia como dolo son formas de violar un deber como concreción de normas de conducta (2002: 16).

13 Partiendo quizá de que el Estatuto Penal alemán no define lo que es dolo, sino que solo al definir el error de tipo señala que la ausencia de conocimiento excluye el dolo (Jakobs, 2009:19). Como se dijo antes, cada teoría que aquí se referencia tiene sus matices y particularidades, dependiendo del autor que las sustente, por ello lo presentado aquí son solo algunos rasgos generales de esas teorías.

es intelectual implica a la vez cambios en la definición de imprudencia, la que se configuraría porque el sujeto no tiene a su alcance todos los elementos del conocimiento, pero ha violado un deber objetivo de cuidado (Feijóo, 2009:53,123), o porque su conocimiento ha recaído sobre un peligro abstracto (Vallejo, 2012:43)<sup>14</sup>. En Colombia el trabajo de Raúl Vallejo (2012) pareciera adherirse a este tipo de teorías<sup>15</sup>.

- b. Como teorías normativas están también las que no renuncian a elementos volitivos sino que los asumen como normativizados; así por ejemplo la teoría de la “decisión contra un bien jurídico” expuesta por Roxin, según la cual “cuando el sujeto se plantea, ante la posibilidad de la producción de un resultado lesivo, abstenerse de actuar o seguir adelante con su plan” y actúa, se decide en contra del bien jurídico (Roxin, citado en Díaz, 1994: 308) pues “aquel sujeto que incluye dentro de su plan la posible realización de un tipo penal sin que esta le lleve a renunciar a su acción, estará decidiéndose conscientemente en contra del bien jurídico protegido por el tipo penal afectado” (Díaz, 1994: 187), pues para este autor si el sujeto “toma en serio” la posibilidad de producción de un resultado se ha conformado con la realización del mismo.

Otro criterio para afirmar el dolo eventual consistiría en constatar que el sujeto no realiza ninguna actividad para evitar el resultado lesivo (teoría de la no evitación de Armin Kauffman), mientras que en los casos imprudentes conscientes el sujeto toma medidas en las que confía para evitar dicha producción. En sentido similar se manifiestan en nuestra doctrina Fernández Carrasquilla quien centra la definición de dolo eventual en la no evitación del resultado que incluye en su empresa voluntaria (citado en Sotomayor-Gallego; 1999: 21), y Salazar Figueroa (2002) para quien si ante la previsible producción de un daño el sujeto no desvía la conducta del agente, este asume el resultado

---

14 Entre las críticas a estas posturas está en primer lugar la discrepancia en torno a lo que el sujeto debe conocer (el peligro creado, el resultado, la posibilidad de lesión del bien jurídico, el tipo penal, la actuación contraria a derecho, etc.), en segundo lugar se discute si ese conocimiento debe analizarse desde la perspectiva del sujeto, del juez, o de un observador externo; en tercer lugar que si se parte del conocimiento para determinar el dolo se eliminan la diferencia entre delitos de peligro y lesión, se elimina la imprudencia con representación, se ampliaría desmesuradamente el ámbito doloso aligerándose la carga probatoria en estos casos y se violaría el principio constitucional de igualdad al tratar casos desiguales con la misma pena (Díaz, 1994, 23; 2006: 69; Ragués, 2004: 26).

15 Por ejemplo cuando señala que: “[c]uando el individuo tiene la representación concreta del peligro y el resultado “frente a sus ojos”, se configura el dolo, por lo que resulta vano que alegue que confiaba en que el resultado no se presentaría, o que no contaba con él o que no lo tomó en serio, pues su decisión de realizar la conducta significa que asumió el resultado como propia consecuencia de su comportamiento. En todo caso, a diferencia de las más extendidas teorías de la representación, entendemos la necesidad de la concurrencia del conocimiento concreto sobre el peligro y el resultado, en la medida en que este hace parte del tipo penal. (2012: 89)

(2002: 57)<sup>16</sup>. Esta es también la postura asumida por Raúl E. Zaffaroni para quien hay dolo eventual si el agente acepta seriamente la posibilidad de producción de un resultado lesivo, la que es descartada cuando el agente espera o confía con elementos objetivamente constatables, la no producción del resultado (2003:524).

Finalmente entre las teorías volitivas se destaca la postura de Hassemer que más que una definición de dolo eventual es una construcción sobre la prueba de dicha figura; para este autor un hecho doloso se caracterizaría por la creación de un peligro para el bien jurídico, el conocimiento que de ello tenga el sujeto, y un tercer nivel en donde el sujeto se decide en contra del bien jurídico; el primer nivel sería constatable a simple vista, en cambio los últimos deberían probarse mediante indicadores en cada caso concreto, exigiéndose solamente que ellos sean observables -externos-, completos y revelen los conceptos por los que se indaga (Díaz, 1994: 197). Esta teoría pretende responder a uno de los problemas fundamentales de la discusión que se abarca, cual es el de las dificultades probatorias de los elementos internos del delito, de hecho puede decirse que esta figura es una respuesta cómoda a las dificultades probatorias del dolo (Zaffaroni: 2003: 527).

- c. En tercer lugar las *teorías del riesgo* se configuran como teorías normativas para definir el dolo eventual. Cabe aclarar que entre las variantes de esta teoría hay posiciones volitivas del dolo, de elementos meramente intelectivos, y partidarios de teorías unitarias (al respecto, Pérez; 2001: 445-496). En la variante de Herzberg sobre “peligros no protegidos” se asume que las conductas dolosas e imprudentes parten de riesgos no permitidos, que se vuelven desprotegidos cuando el sujeto creador del riesgo pierde la posibilidad de evitar su producción; la diferencia entre dolo eventual e imprudencia sería que en esta el riesgo es percibido como “insignificante” para la integridad del bien jurídico, mientras que en los eventos dolosos ese riesgo sería cercano (Canestrari, 2003: 80)<sup>17</sup>. Jakobs –para quien el dolo y la conciencia del injusto son lo mismo, y quien asume una teoría unitaria del dolo- en planteamientos de 2009 señala que el incremento de riesgos por encima de lo permitido es lo que constituye el actuar

---

16 Una variación de lo anterior es la teoría de *asunción de las circunstancias de hecho constitutivas del injusto* de Schroth, en donde si para el sujeto la producción del injusto era evidente e inminente habría dolo eventual en tanto asumiría dicha producción. Con las salvedades que producen los serios intentos de evitación de producción del resultado (Díaz, 1994: 13).

17 Canestrari por su parte diferencia “riesgos dolosos” de los imprudentes, definiendo a los primeros como aquellos “cuya asunción no puede ni siquiera ser tenida en cuenta por la figura modelo del agente concreto”, y que son la base para que el agente se decida por –o no evite- la producción de un resultado lesivo (2003: 89).

delictivo doloso “y el límite de lo permitido no se determina exclusivamente en función del tipo de riesgo o de la cantidad del mismo, sino también en función de la competencia en la administración del riesgo” [o habituación del riesgo] (2009: 14). Es decir en estas teorías la relación del agente con el riesgo que crea será siempre al menos uno de los elementos determinantes para afirmar la existencia del dolo eventual.

### 2.1.2 Teorías unitarias del dolo

Los partidarios de *teorías unitarias* del dolo asumen que estas son correcciones dogmáticas a la definición tradicional de dolo, y en este sentido el dolo directo es solo un tipo calificado de dolo. Corrientes unitarias del dolo de base cognitiva son defendidas por autores como Jakobs, Feijóo, Sánchez Silva, Mir Puig, Bacigalupo y Hruschka, entre otros, en Europa (Díaz: 1994), y Sancinetti y Pérez Barberá en Latinoamérica. Estas teorías coinciden en asumir que el dolo base refleja una comunicación contraria a la norma, al ordenamiento jurídico, que será mas intensa en tanto más conocimiento pueda exigírsele el sujeto, y más contrario a derecho sea el mensaje que se de a la sociedad en detrimento de las normas comunitarias y en ratificación de las propias (Pérez, 2012: 178, 191, 193, 196); e implicarían a la vez convertir lo delitos de peligro (en tanto exigen solo el conocimiento del mismo) en el prototipo del delito. Así mismo los casos imprudentes se caracterizarían por el conocimiento de peligros abstractos, situación que inclusive ampliaría paralelamente el ámbito de punición imprudente. Estas posturas que asumen el dolo no como un elemento de imputación subjetiva sino como “paradigmas comunicativos” (lo que ocurre con la estructura toda del delito, y la justificación de la pena) prescinden incluso de elementos intelectuales, por ejemplo en los casos de la denominada *ceguera ante los hechos* pues allí se trataría de una indiferencia frente al derecho que sería merecedora de la pena mayor (Jakobs; 2009: 19; Pérez; 2012:195).<sup>18</sup>

Finalmente debe decirse que en Colombia la doctrina acepta como fundamentos de la diferente punición de los sucesos dolosos frente a los imprudentes la mayor potencialidad lesiva de los primeros, lo que a la vez destacaría una estructura diferente en ambos casos pues frente a tipos dolosos la norma impele a abstenerse de ejecutar conductas que busquen directamente la lesión de bienes jurídicos, y en las imprudentes el mensaje normativo sería *incentivar a ejecutar cuidadosamente conductas con potencial lesivo* para bienes jurídicos (Cadavid, 1998: 86, 193;

---

18 Aunque expresamente en su obra de 2011 Pérez Barberá manifiesta ser ajeno a los planteamientos de Jakobs, llegan a muy similares conclusiones a efectos punitivos.

Sotomayor-Gallego, 1999: 16, Velásquez, 2004: 335)<sup>19</sup>, con lo que posiciones *comunicativas* del delito y la pena quedarían descartadas al menos en el plano de la doctrina.

### 3. APLICACIÓN DEL DOLO EVENTUAL EN COLOMBIA

El código penal de 1980 consagró por primera vez la figura del dolo eventual en la legislación penal colombiana<sup>20</sup>. En consonancia con posiciones causalistas se asumía que las formas de culpabilidad eran el dolo y la imprudencia (y la preterintención)<sup>21</sup>, el artículo 36 del decreto 100 consignaba que “La conducta es dolosa cuando el agente conoce el hecho punible y quiere su realización, *lo mismo cuando la acepta previéndola al menos como posible*” definición última que abarca el denominado dolo eventual, según la teoría del consentimiento antes referida (cfr. 2.1.1.1 a). Con el código penal (en adelante CP) de 2000 se modifica la definición de dolo eventual, al respecto el artículo 22 del estatuto penal señala que “También será dolosa la conducta cuando la realización de la infracción penal ha sido prevista como probable y su no producción se deja librada al azar.”. Es decir que se acoge la teoría de la probabilidad para definir el dolo eventual, el cual se diferenciaría de la imprudencia con representación porque en aquel el agente no evitaría la producción de un resultado, lo que equivaldría a dejarlo “librado al azar”<sup>22</sup>. En la exposición de motivos del código penal de 2000, respecto a las modalidades de la conducta punible –lugar que ocupan ahora el dolo y la imprudencia como elementos del tipo penal–, se dijo que con las teorías volitivas, consagradas en el anterior definición de dolo eventual, la diferencia entre este y culpa con representación “depend[ía] de un ejercicio metafísico imposible de ser constatado por la

---

19 Del mismo modo Bustos Ramírez (2005:173)

20 Lo que no implicó que doctrinantes de la época afirmaran la existencia del dolo eventual en Colombia, pese a que el Código penal del 36 (ley 75) denominaba las infracciones como intencionales, y no dolosas. Al respecto Sotomayor-Gallego (1999: 8), y Muñoz Tejada (2007)

21 Lo que implicaba que el dolo abarcaba el conocimiento de la antijuridicidad o prohibición de la conducta –*dolus malus*–, es decir que si faltaba este elemento –conocimiento de la antijuridicidad– se estaba ante una causal de exclusión del dolo, lo que no sucede con la legislación penal actual que no incluye dentro de los elementos del dolo –que ahora pertenecería al tipo subjetivo– el conocimiento de la antijuridicidad –que es un elemento de la culpabilidad– por lo que el desconocimiento de esta no excluye el dolo sino que daría lugar a un error de prohibición según el artículo 32 numeral 11 del actual CP.

22 Así también lo entiende Vallejo (2012: 58), mientras que para Velásquez el Código Penal acoge la teoría de la representación aunada a la teoría del riesgo no cubierto de Herzberg, así mismo para él el principio de lesividad del artículo 11 daría cabida a la teoría de Roxin sobre *la decisión en contra del bien jurídico* (2012: 155 y 156).

praxis judicial” pues los datos externos no estarían en capacidad de suministrarle al juez elementos para deducir que el sujeto “aceptó” el resultado como posible, lo que implicaba “una extrema discrecionalidad judicial” (Navas, 2000: 42, 43), adicionalmente la exposición de motivos hecha por el fiscal señala que en el caso de un “riesgo no permitido ni controlado” en la que el sujeto no podría confiar en que dominará ese peligro (concreto y no controlado) habría dolo eventual. Pero ¿qué significa la consagración expresa de esta figura en la legislación penal colombiana?, para Juan Oberto Sotomayor y Gloria Gallego los dos Códigos Penales reseñados equiparan, para efectos punitivos, el dolo eventual con el dolo directo, sin que acojan una teoría unitaria del dolo que implique igualdad de tratamiento para todos los efectos penales (1999:23), así esta equiparación serviría para ampliar el espectro de punición de delitos imprudentes, para enmarcarse en el rango punitivo de los delitos dolosos, y sería una causal de atenuación de la pena por la modalidad de la conducta; y a su vez implicaría unas limitaciones sustantivas y procesales como la imposibilidad de punir tentativas con dolo eventual, pues para que ella acontezca el sujeto debió ejecutar *actos idóneos e inequívocamente dirigidos a la consumación de una conducta punible*; según los artículos 22 del CP de 1980 y el 27 del CP de 2000, respectivamente<sup>23</sup>; así mismo se descartaría la aplicación de esta figura en delitos que requieren dolo directo para su consumación, tampoco serviría el dolo eventual para fundamentar responsabilidades preterintencionales pues la primera conducta debe ser realizada con dolo directo, de igual manera no podrían sancionarse con dolo eventual conductas que requieran la presencia de elementos subjetivos especiales del tipo tales como una determinada motivación, propósito, finalidad, impulso o similares, y tampoco la participación sería posible en esta modalidad dolosa pues la estructura eventualmente dolosa es similar a la imprudente, mientras que la complicidad y la inducción son accesorias a hechos directamente dolosos (1999: 23 a 29)<sup>24</sup>.

### 3.1. EL DOLO EVENTUAL EN SENTENCIAS DE LA SALA DE CASACIÓN PENAL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Por lo anterior esperábamos encontrar cambios en el abordaje que la sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) hacía de los casos

23 Sobre la imposibilidad de tentativa con dolo eventual ver, entre otros, Pérez (2012: 178) quien no obstante afirma en la nota 38 que la doctrina alemana acepta la posibilidad de tentativa con dolo eventual (pág. 179), y la tesis de maestría de Carlos Germán Salazar (2002).

24 El rechazo a la participación en delitos imprudentes es acogido mayoritariamente por la doctrina, quien asume que en este ámbito rige el concepto unitario de autor, al respecto ver: Shünemann (1991: 57), Cadavid Quintero (1999: 82; 1998),

en los que se debatía la responsabilidad penal a título de dolo eventual, al menos en lo relativo a los elementos probatorios, pues si las afirmaciones del fiscal para justificar el cambio en la redacción legal del dolo eventual eran ciertas, las sentencias sobre hechos ocurridos con posterioridad al 2000 debían tener un sólido y objetivo sustento probatorio sobre la responsabilidad eventualmente dolosa de los sujetos procesados. Sin embargo ello no ocurrió, y apenas si se modificaron las definiciones que en vigencia del CP de 1980 emitía la Corte. En la jurisprudencia de la CSJ pudimos observar que las circunstancias fácticas que mayoritariamente dan lugar a debatir procesalmente la existencia (o no) de dolo eventual se pueden agrupar en: a). las relacionadas con accidentes de tráfico rodado, b). Los casos en los que con la finalidad de hurtar, se porta armas de fuego, y se ocasiona la muerte de quienes oponen resistencia (situaciones en las que se aplica la figura de la coautoría impropia), c). Casos que se atribuyen como terroristas o de homicidio con fines terroristas, d). Casos de delitos contra la administración pública, e). Situaciones en las que el procesado ha disparado indiscriminadamente a grupos, o en los que pese a disparar contra objetos o “al aire”, los proyectiles impactan o rebotan causando la muerte de alguien; y f). Casos de maltrato infantil en los que acaece la muerte de los menores<sup>25</sup>.

#### **a. Dolo eventual y accidentes en el tráfico rodado**

La sentencia 14355 de 2000<sup>26</sup> es una de las más importantes que la CSJ ha emitido sobre dolo eventual porque denota lo que es constante en muchas de sus decisiones: la utilización de múltiples –y distintas- teorías para fundamentar sus posiciones. La sentencia aludida estudia el fallo proferido en los procesos acumulativos por homicidio imprudente y homicidio doloso, los sucesos, aunque ocurridos en meses diferentes, sucedieron en vigencia del CP de 1980. Los hechos constitutivos de homicidio imprudente son los siguientes: el procesado conducía un bus infringiendo los límites de velocidad máxima permitida y pasó un semáforo en rojo, colisionando con otro vehículo y ocasionando la muerte de su conductor, lesiones personales a los acompañantes del vehículo con el que colisiona, y la muerte a un pasajero que salió despedido por el parabrisas del bus y fue posteriormente atropellado por este. En los hechos constitutivos para el Tribunal de homicidio con dolo eventual, el procesado conducía un bus ejecutivo a exceso de velocidad, en estado de embriaguez y bajo los efectos de la marihuana, y al pasar un semáforo en rojo atropella a un motociclista, quien muere en el traslado hacia el hospital; esto sumado a un

---

25 Acogemos la agrupación temática más que la referida a las posiciones de la Corte sobre la figura en estudio porque creemos que no es unánime ni claro el tratamiento de la Corporación sobre la figura estudiada.

26 Fechada al 17 de agosto, Magistrado Ponente Jorge Anibal Gómez Gallego.

intento de evasión del lugar de los hechos por parte del procesado. La defensa y el Procurador Delegado sostuvieron que los elementos del Tribunal para deducir la existencia de dolo eventual (el quebrantamiento de las reglas de circulación, el conducir bajo los efectos del alcohol y la marihuana, la naturaleza de la máquina que dirigía y “la experiencia que le indicaba como, si transitaba en tales condiciones, lo más seguro era que a su paso saliera otro automotor autorizado por la luz verde del semáforo y que el encuentro trajera consecuencias fatales”) no se compadecían con el principio de culpabilidad y no desvirtuaban la imprudencia. La CSJ, conformándose con la definición de dolo eventual del Tribunal señala que la derivación de responsabilidad dolosa deducida de “la experiencia trágica anterior [que] podría determinar [los resultados fatales] no solo en la consciencia sino también en la voluntad del procesado, “dada la naturaleza de la máquina que dirigía”” era racional, y se desprendía de la anterior vivencia imprudente del procesado pues, señala la Corte:

la reiteración de dicho comportamiento peligroso en el caso examinado, ahora acrecentado por la nota adicional y grave de la conducción voluntaria en estado de intoxicación producida por el alcohol y la droga, no solo nutre el conocimiento de un resultado antijurídico de gran probabilidad sino que también *impulsa la voluntad, pues el actuar reiterado en tan lamentables condiciones, también sería evidencia de la desconsideración, el desprecio y la falta de respeto hacia la vida y la integridad de los demás.* [énfasis agregado]<sup>27</sup>

En principio podría afirmarse que en esta sentencia se acogen expresamente las teorías del consentimiento: por un lado la de la indiferencia que se afirma tuvo el procesado frente a los resultados, pues pese a prever como probable la producción de los mismos (ello acentuado con su anterior experiencia imprudente) continuó actuando y “aceptándolo”, con lo que, en segundo lugar, tendría cabida la segunda fórmula de Frank para la cual el procesado se habría dicho “suceda así o de otra manera yo obro”. Sin embargo el análisis de los medios probatorios (constatación de estado de embriaguez e influencia de sustancias alucinógenas, violación a normas de tránsito, tipo de máquina, reincidencia en conductas imprudentes, posterior intento de evasión) nos conduce a afirmar que la decisión se basa en el mero conocimiento que se le atribuyó al agente frente a la posible producción de un resultado, pues de lo dicho por la CSJ exponiendo la teoría del Tribunal no se derivan elementos que permitan deducir una “aceptación” de resultados que se tienen como posibles, según la exigencia del CP del 80. Como lo afirmó el Procurador, la

---

27 Ese “desprecio por la vida de los demás” lo derivaría el Tribunal además, sin que la Corte haga ningún reproche o manifestación de inconformidad con ello, del intento posterior de huida por parte del procesado

reincidencia, que el Tribunal asume como elemento que más que reforzar el conocimiento encaminó la voluntad del procesado, podría leerse como el elemento de confianza en el sujeto de que el resultado no se produciría o sería poco probable que se produzca pues en su habituación a conducir en ese estado *tan solo* una vez tuvo desenlaces fatales. Por ello la derivación de la “aceptación” no consulta elementos subjetivos (por ejemplo indicadores que muestren que el agente hace caso omiso de la efectiva previsión del resultado), máxime si se afirma un *desprecio* por la vida de los demás<sup>28</sup>.

Por otra parte la sentencia 32964 del 25 de agosto de 2010<sup>29</sup>, por la que se reavivó el debate sobre el dolo eventual en la academia y en los medios de comunicación –sobre todo en lo relacionado con accidentes de tránsito- contempla hechos similares a los de la sentencia anterior y menciona varias teorías para fundamentar la decisión de mantener una condena dolosa. Queremos advertir que, no obstante constituir esta sentencia amplia fuente de análisis y críticas, la mencionaremos de paso porque de su estudio ya se han encargado, amplia y críticamente Vallejo Castaño (2012: 71-87) y Velásquez- Wolffhügel (2012: 160-179)<sup>30</sup>. Los hechos los encabeza un joven piloto de avión que conducía en horas de la madrugada bajo los efectos del alcohol y de estupefacientes, iba a exceso de velocidad, pasó un semáforo en rojo, por *poco colisiona* con un taxista que también infringía las señales de tránsito, poseía comparendos de tránsito, y finalmente colisionó con una camioneta ocasionando la muerte de sus dos ocupantes. En primera instancia se le condena a 32 meses de prisión por homicidios imprudentes, y en segunda instancia a 220 meses de prisión por homicidios con dolo eventual. En esta oportunidad la CSJ adopta las teorías del riesgo no permitido para deducir el dolo eventual, señalando que en el caso concreto se produjo un riesgo que sobrepasa los límites permitidos en el tráfico, el cual se dejó librado al azar por el agente pues no realizó actividades encaminadas a evitar el resultado lesivo<sup>31</sup>. Esta sentencia además de adoptar los anteriores elementos

---

28 La pena impuesta a este sujeto fue de 27 años de prisión, más una multa y penas accesorias.

29 Con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Ramírez.

30 El primero se interesa por la acogida de las teorías del riesgo en el dolo eventual, revisando la sentencia citada y algunas precedentes de manera crítica; y los segundos analizan fallas en la sentencia relativas a la ausencia de análisis de la CSJ sobre las violaciones a las normas del tráfico producidas por múltiples conductores en momentos cercanos a los hechos, y por la ausencia de un análisis de tipicidad que permitiera establecer la velocidad de la víctima, y la incidencia del taxista en la producción del resultado. Para una comprensión del debate que aquí se propone se remite al lector a estos dos textos, que junto a los de Gloria María Gallego constituyen el panorama de la aplicación del dolo eventual en la jurisprudencia colombiana.

31 En palabras de la CSJ: “Dejar la no producción del resultado al azar implica, por su parte, que el sujeto decide actuar o continuar actuando, no obstante haberse representado la existencia en su acción de un peligro inminente y concreto para el bien jurídico, y que lo hace con absoluta *indiferencia* por el resultado, por la situación de riesgo que su conducta genera.” [énfasis agregado].

para deducir el dolo eventual (no evitación del resultado, previsibilidad del mismo, creación de un riesgo concreto que excede los imprudentes, y condiciones personales del sujeto –conocimientos y sanciones de tránsito previas, comportamiento posterior a los hechos-) expresamente dice que el CP del 2000 *supera* las teorías del consentimiento para adoptar una teoría de la probabilidad que se manifiesta en la representación del riesgo de producción de un resultado que se deja librado al azar, lo cual no impide que posteriormente equipare el “dejar librado al azar” con la “indiferencia” que se entiende como parte de las teorías volitivas.<sup>32</sup>

Un tercer caso de accidentalidad vial que nos interesa abordar es el de la sentencia con radicado 27431 de 2007<sup>33</sup>. El procesado conduciendo en estado de embriaguez colisiona con un vehículo y ocasiona la muerte de dos ocupantes y la lesión de dos menores. Tras el impacto el vehículo del procesado rodó, arrolló a un patrullero lesionándolo, e impactó con dos vehículos más; dejando múltiples personas lesionadas. El procesado es condenado, previa aceptación de cargos, a 50 meses de prisión por los delitos de homicidio y lesiones personales imprudentes, y aunque la Corte no agrava la situación del procesado, manifiesta que en los casos que implican aumentos serios de riesgo para el tráfico, que ex-ante permiten prever la ocurrencia de lesiones a la vida o integridad, debe estudiarse la presencia de dolo eventual.<sup>34</sup> Esta sentencia además de preconizar en el campo de accidentalidad vial la teoría del riesgo doloso (cfr. 2.1.1.2 c) resalta la presión social que este tipo de resultados genera, al respecto dice la Corte que:

Resulta inadmisibles que a pesar de todas las campañas publicitarias dedicadas a crear conciencia ciudadana para que se respeten las reglas que permiten la participación de los asociados en el tráfico automotor, entre las que sobresale la insistente advertencia del peligro que representan para la propia integridad, y por supuesto para la de los demás, conducir en estado de embriaguez, algunos persistan en tan deplorable comportamiento. Pésimo mensaje estaría enviando la judicatura a la comunidad cuando el responsable de delitos ocurridos bajo los efectos del alcohol inopinadamente regresa a su casa como si nada hubiese pasado.

---

32 Sobre estas discusiones remitirse a los salvamentos de voto de esta sentencia.

33 Fechada al 26 de septiembre, con ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas.

34 Dice la Corte: “Con frecuencia pueden ser observados conductores de vehículos pesados o personas que gobiernan automotores bajo los efectos de diferentes sustancias, actuando con grosero desprecio por los bienes jurídicos ajenos sin que se constate que en su proceder ejecuten acciones encaminadas a evitar resultados nefastos; al contrario, burlan incesantemente las normas que reglamentan la participación de todos en el tráfico automotor sin que se les observe la realización de acciones dirigidas a evitar la lesión de bienes jurídicos, pudiéndose afirmar que muchas veces ese es su cometido. En tales supuestos no se estará en presencia de un delito culposo sino doloso en la modalidad denominada eventual.”

Lo anterior nos permite realizar una precisión: las críticas a recurrir a la figura del dolo eventual en situaciones de accidentalidad vial (que comparten la estructura imprudente que ha elaborado la doctrina) no pretenden negar la gravedad de los resultados lesivos de tales conductas. Al contrario, estos resultados por ser altamente dañinos de bienes jurídicos como la vida o la integridad personal son reprochables; pero ello no debe erigirse en una excusa para *adelantar las barreras de protección de bienes jurídicos* (Vallejo, 2012: 92) imputándose resultados de manera objetiva, con violación a un derecho penal de acto respetuoso del principio de culpabilidad (Velásquez, 2012: 160). En un autoproclamado modelo de *derecho penal liberal*, este debe ser reactivo no proactivo; por ello cuando se utiliza el castigo como “instrumento de políticas estructurales” (Herzog, 2003: 254) se expande el derecho penal desmedidamente sin que las conductas que se quieren evitar disminuyan. Incluso cuando estas no aumenten pues como lo dice García Albero:

A nadie escapa que la siniestralidad vial ha conquistado un lugar preeminente en la agenda política y mediática. Un protagonismo que bien mirado no obedece a un súbito empeoramiento de la cuestión; realmente no estamos peor que antes: los devastadores efectos personales y económicos de los accidentes de tráfico son viejos conocidos. Lo que está cambiando es la actitud social y fundamentalmente la de los poderes [...]. (2007: 1)

### b. Dolo eventual y coautoría impropia<sup>35</sup>

Las similitudes entre la teoría de la coautoría impropia (como modalidad de autoría) y el dolo eventual son evidentes. Esta modalidad de autoría asume que “Basta con que al delito se haga cualquier aportación, sin que sea preciso determinar su verdadera naturaleza y real alcance causal, para que al contribuyente se le vincule al proceso o se lo condene como autor o coautor material del mismo.” (Meza, 2010: 205), pues se colige que quienes acuerdan cometer un delito asumen como suyos los “frutos” o resultados previsibles de la “empresa criminal”<sup>36</sup>. Por limitaciones de espacio

35 Es el caso de las siguientes sentencias de la CSJ en sede de casación penal: Radicado 8897 (1994), Rad. 9032 (1995), Rad. 14617 (1999), Rad. 17403 (2002), rad. 17252 (2003), rad. 19712 (2003), Rad. 20218 (2003), Rad. 20860 (2004), 21559 (2007), y rad. 27677 (2008). Para un análisis de la sentencia de radicado 9032 de 1995 remitimos al lector al texto de Gloria Gallego (1998: 168, 169).

36 Esta figura ha sido adoptada de *lege ferenda* por la Sala de Casación Penal de la CSJ, aún en contravención –o tergiversada interpretación– de las disposiciones penales vigentes sobre autoría y participación, especialmente frente al CP de 1980. Data de una sentencia de la CSJ Sala de Casación Penal del 10 de mayo de 1991, con ponencia del magistrado Gustavo Gómez Velásquez. La aplicación de la coautoría impropia ha surgido sobretodo en casos de hurto -con la convergencia de varios sujetos que se distribuyen funciones- en los que se porta armas de fuego, y ante la resistencia al delito o la persecución policial, uno de ellos causa la muerte a una persona, condenándose a todos los participantes, a título de autores, por dicho homicidio. Para una vigente crítica a la aplicación de dicha figura en Colombia véase el texto de Meza Morales (2010).

aquí solo analizaremos la sentencia del 24 de abril de 2003, con radicado 17618; los hechos ocurrieron en vigencia del CP de 1980, cuando varios sujetos deciden hurtar un banco y para ello portan armas de fuego –invocan los casacionistas que con intenciones intimidatorias-, el vigilante llamó a la policía, que llega al lugar, causa la muerte de uno de los atacantes: uno de los policiales es herido con arma de fuego por uno de los sujetos, y posteriormente fallece. Los procesados contribuyeron al hecho el primero, empleado del banco, al referir información sobre el lugar y los movimientos que se realizaban en la entidad, y el segundo fuera del banco se dedicó a distraer y vigilar la entrada -lo que la CSJ ha denominado un “campanero”-. No obstante que los procesados estaban fuera del banco, no portaban armas de fuego, y que su contribución no parece *necesaria para el delito de homicidio* (otra es la discusión en torno al delito de hurto, por el que fueron condenados con dolo directo) fueron condenados por homicidio con dolo eventual<sup>37</sup>. Para la CSJ el acuerdo de portar armas de fuego implicaba la previsión del riesgo de un resultado lesivo distinto al hurto, pese a lo cual continuaron –todos los *contribuyentes*- su conducta. Respecto a la atribución eventualmente dolosa dice la Corte:

Este concepto es el que corresponde al denominado “dolo eventual”, en el entendido de que al agente activo se atribuye intención de causar daño, no solo cuando en forma directa quiere el resultado, sino igualmente cuando la realización de su conducta implica el *riesgo* de causar otro u otros, sin que la *probable* producción de los últimos sea óbice para que siga adelante con su comportamiento.

En casos como el que ahora estudia la Sala, el procesado se percata de que alcanzar la meta perseguida puede ocasionar diversos resultados unidos a ella de manera eventual y, como no obstante tal situación, no se detiene en su actuar, *asume* los últimos como propios. Se representa la probabilidad de una consecuencia no querida en un comienzo, a pesar de lo cual realiza la conducta deseada. Y con ello *hace suya* la contingencia y, por consiguiente, *se compromete* con ella. [énfasis añadidos]

Antes de cualquier consideración sobre la aplicación de la coautoría impropia, cabe resaltar los elementos que la CSJ destaca para declarar la existencia de un homicidio con dolo eventual: en primer lugar resalta el riesgo que crea la conducta del agente (que en este caso sería la contribución al hurto en el que se portaron armas de fuego), riesgo de causar resultados que el agente prevé (en un razonamiento que diría “cuando se portan armas de fuego se prevé su utilización”), y ante el cual no se abstiene por lo que lo *asume* como propio, lo *hace suyo*, y se *compromete* con él. La actuación pese

---

37 Los procesados fueron condenados a 47 años de prisión, más penas accesorias, por los delitos de homicidio agravado con dolo eventual, hurto calificado-agravado y porte de armas de defensa personal con dolo directo

a la previsión de un resultado lesivo sería para la CSJ un mecanismo para deducir elementos volitivos del sujeto tales como asumir, hacer propio y comprometerse con un resultado, lo que equivale para según la CSJ a la aceptación del mismo<sup>38</sup>; es decir, que para el caso concreto las conductas de vigilancia que realiza un procesado, y la entrega de datos del otro (que en la sentencia se condena como determinante) implicaban la previsión del resultado muerte y su aceptación. Pasando de ser meros contribuyentes (Art. 24 CP de 1980) al delito de hurto, a ser autores (Art. 23 de 1980) de los delitos de hurto y homicidio. La insostenibilidad de esta teoría es más evidente cuando expresamente la legislación penal excluye estas interpretaciones al señalar que autor es “[e]l que *realice* el hecho punible o *determine* a otro a realizarlo” y cómplice “[e]l que *contribuya* a la realización del hecho punible o *preste una ayuda* posterior, cumpliendo promesa anterior al mismo” [cursivas agregadas al texto legal], quien a la postre “incurrirá en la pena correspondiente a la infracción, disminuida de una sexta parte a la mitad”. Así, aunque esta posición jurisprudencial “simplifica el trabajo analítico de *atribuir* responsabilidades”, viola el principio de legalidad estricta y la prohibición de responsabilidad objetiva (Meza, 2010: 214)<sup>39</sup>.

### c. Dolo eventual y terrorismo

Los hechos constitutivos de la sentencia con radicado 17376 de 2003 ocurrieron en vigencia del CP del 80. Varios sujetos con el fin de extorsionar a un tercero, colocan bajo su auto un explosivo; son condenados a 126 meses de prisión por tentativa de extorsión con dolo directo y terrorismo con dolo eventual. El debate propuesto por el casacionista gira en torno a esta última imputación pues según él, y la CSJ, el terrorismo -contemplado en el estatuto penal de 1980- sería un delito de mera conducta, pero con un propósito “de causar zozobra o de perturbar el orden público”. Es decir, su regulación requiere un elemento subjetivo especial –el propósito- que lo haría incompatible con el dolo eventual (Sotomayor-Gallego: 1999:26). Señalan los demandantes que la finalidad del paquete explosivo era asustar al sujeto que se pretendía extorsionar, y no causar daños ni zozobra en el vecindario, pero la Corte señala que:

---

38 Recuérdese que el CP del 80 derivaba el dolo eventual de la *aceptación* de la realización de un hecho punible que se prevé al menos como posible.

39 Incluso debe decirse que la Corte confunde dos momentos de *atribución* de responsabilidad penal pues al tratarse de delitos diferentes (hurto, porte ilegal de armas y homicidio) debía seguirse una imputación subjetiva por cada uno de ellos. Así cuando la CSJ señala que “para imputar al sindicado la condición de autor o cómplice, no resultaba indispensable que tomara parte en la totalidad de las fases de preparación o ejecución del delito, pues que era suficiente que, existiendo unidad de propósito, participara en cualquiera de las etapas del recorrido criminal” se refiere al delito de hurto, no al de homicidio, ni al de porte ilegal de armas, pues es ilógico pensar que una etapa del recorrido hacia la ejecución el homicidio sería entregar datos sobre el movimiento de dinero y personas en un banco.

[...] el medio utilizado llevaba implícito producir el mismo resultado de terror y zozobra en todos los habitantes del sector, y sobre eso tenía plena *conciencia* el acriminado, pues no se puede llegar hasta el extremo de pretender que por existir una finalidad directa, esa circunstancia excluya como también previstos y queridos por el autor, aquellos resultados *vinculados de manera necesaria o eventual* con lo directamente querido por él. [Énfasis agregado]

Y se cita el auto del 14 de diciembre de 1994<sup>40</sup> según el cual el terrorismo puede ser causado con dolo indirecto o eventual dependiendo del lugar en el que sucedan los hechos, y de “la indiferencia del autor no obstante que es claro, ostensible y evidente, que con esa conducta se generará una situación de terror, zozobra y alarma colectivas”. Seguidamente la CSJ sostiene que la finalidad terrorista del caso analizado se deriva del material utilizado, así como del lugar –parqueadero vecinal- donde se ubicó el artefacto, es decir de condiciones objetivas, así “[l]a *finalidad* que movió a los ejecutores del hecho se colige precisamente de la sustancia seleccionada y del sitio de localización”. Así se utilizó la figura de dolo eventual no solo para equiparar en el marco punitivo la conducta, sino para aplicarla a tipos especiales que requieren un elemento interno adicional en el agente<sup>41</sup>.

#### **d. Dolo eventual en delitos contra la administración pública<sup>42</sup>**

La sentencia de radicado 28434 de 2008 ratifica la condena por *celebración de contratos sin cumplimiento de los requisitos legales* con dolo eventual, en el marco de los siguientes hechos: dos empresas prestadoras de servicios públicos del depar-

40 M. P. Ricardo Calvete Rangel, radicación número 9897.

41 Sobre el tema véanse las sentencias con radicados 13053 (2000), 31761 (2011) y 24448 (2007), sentencia esta última de hechos conocidos como “Masacre de la Gabarra” en la que se condena al entonces teniente del Ejército nacional Luis Fernando Campuzano Vásquez por homicidios con fines terroristas en omisión impropia con dolo eventual, en lo que a nuestro juicio se trataría de actuaciones omisivas directamente dolosas.

Igualmente la sentencia con radicado 23825 de 2007, referida a la condena del Comando Central Conjunto del ELN por homicidios y lesiones personales con dolo eventual tras la voladura de un oleoducto en Machuca- Segovia, aunque imputa los delitos de terrorismo y rebelión por dolo directo, contiene interesantes definiciones sobre dolo eventual que abarcan desde la creación de riesgos, la no evitación de los mismos, la previsibilidad del resultado, y la coautoría impropia. Esta sentencia contiene elementos interesantes sobre autoría mediata en aparatos organizados de poder, determinación, división del trabajo, entre otros temas de autoría. De la misma manera permite entrever las fuertes tensiones existentes entre lo que se logra probar en un proceso penal y juicios políticos “avocados a las consecuencias”.

42 Las sentencias con radicados 18200 (2003), 18972 (2006), 34112 (2011) y 37417 (2011) abordan discusiones sobre delitos contra la administración pública atribuidos con dolo eventual.

Importante nos parece resaltar que la CSJ ha elaborado una línea jurisprudencial que niega la posibilidad de que el delito de prevaricato pueda imputarse con dolo eventual, pues se señala que su acaecimiento será siempre con dolo directo; así las sentencias rad. 13601 de 2000, rad. 15296 de 2002, 17008 de 2002, 17898 de 2003 y 31780 de 2009, entre otras.

tamento de Atlántico suscribieron un contrato de cogeneración de energía. Una de estas empresas, de carácter público, fue privatizada por disposición del gobierno nacional prohibiéndose la suscripción de obligaciones con un plazo mayor a seis meses; en medio de este periodo el gerente de la empresa, a pesar, de la prohibición suscribió una modificación (otrosí) al contrato que se encontraba vigente, sin contar con la autorización de la junta directiva de la entidad (siendo este un requisito indispensable para contraer obligaciones como sociedad). Para fundamentar el fallo el Tribunal señala que el procesado “omitió unos mínimos deberes de cuidado exigibles” y “debió haber previsto por lo menos que se transgredía un orden legal y reglamentario”; la defensa señala que de acuerdo al artículo 146 del CP de 1980, entonces vigente, el propósito de la celebración debía ser *obtener provecho ilícito para sí, para el contratista o para un tercero*, por lo que ello no podía producirse con dolo eventual, a lo que la CSJ contesta que al ser el dolo eventual una forma de culpabilidad, no puede confundirse con elementos subjetivos del tipo; siendo entonces que para la Corte esta modalidad dolosa no requeriría la *aceptación* del propósito que el tipo penal exige. La definición de dolo eventual se realiza en los siguientes términos:

Así mismo, vale recalcar que al procesado se le atribuyó dolo eventual por cuanto que se concluyó, de acuerdo con las pruebas allegadas al diligenciamiento, que él dirigió su voluntad consciente a “un evento antijurídico deseado para que produjera uno más allá del buscado sin hacer nada para evitar que dicho eventual resultado se produjera”.<sup>43</sup>

Así, sin consideraciones posteriores, cierra la discusión en torno a elementos subjetivos del delito, y afirma la existencia de dolo eventual.

#### **e. Homicidio con dolo eventual: disparos indiscriminados a grupos, a objetos y “al aire”**

El grupo de sentencias referidas a sujetos que accionan indiscriminadamente armas de fuego, o que disparan hacia grupos, objetos, o *al aire*, constituyen el grueso de las sentencias con condenas por dolo eventual encontradas en esta investigación. Con las respectivas diferencias fácticas el patrón fáctico es el siguiente: un sujeto sin determinada intencionalidad de matar a alguien dispara y ocasiona la muerte de una persona. La atribución por dolo eventual efectuada por la CSJ en estos casos ha recorrido todas las teorías sobre el tema: bien sea porque se considera que quien dispara no hizo nada por evitar el resultado previsible, demostrando indiferencia

---

43 Sin que la sentencia aclare cuál fue el evento deseado.

por el mismo<sup>44</sup>, porque previendo un resultado como posible, lo asume<sup>45</sup>, porque indicadores como el manejo de armas, y la huida del lugar de los hechos demostrarían asunción del resultado<sup>46</sup>, entre otras.<sup>47</sup> Lo que nos lleva a concluir que más allá de la precisión dogmática la Corte recurre al uso de estas teorías para justificar decisiones que previamente ha tomado, como lo dice Marrero:

Algunas discusiones jurídicas como muchas veces ha sucedido con las teológicas, toman la apariencia de adentrarse en profundos contenidos técnicos que muestran la sagacidad y destreza teórica de los contendientes; pero en realidad lo que se está discutiendo son las preferencias políticas en las que se pone a prueba el poder de las partes en conflicto. (2002: 129)<sup>48</sup>

#### f. Maltrato infantil y dolo eventual

Una tendencia de la CSJ sobre dolo eventual es la referida a los maltratos a menores de edad. Ha dicho la Corte que en estos casos en los que la víctima suele ser alguien indefenso, el golpearla conociendo su fragilidad lleva a aceptar el resultado muerte, o a dejarlo librado al azar<sup>49</sup>. Discrepamos de la Corte en este punto pues creemos que estas situaciones configuran homicidios preterintencionales según el artículo 38 del CP de 1980 y los artículos 24 y 105 del CP actual; pues inician con lesiones personales dolosas –con dolo directo- y acarrear la muerte como resultado previsible.

## 4. CONCLUSIONES

La primera conclusión tras la lectura de las sentencias que sobre dolo eventual ha emitido la Corte Suprema de Justicia en el lapso de tiempo estudiado es que, como ya lo advertían quienes nos antecedieron en el tema, sin importar la regulación legal sobre la figura, la Corte acoge varias y diversas teorías para justificar la punibilidad dolosa

---

44 Sentencia del 26 de septiembre de 1994.

45 En la sentencia con radicado 9096 de 1996 se descarta el dolo eventual por la ausencia de previsibilidad del resultado, pues el sujeto en este caso disparó contra el suelo, rebotando el proyectil contra una pared e impactando a un transeúnte que pasaba frente a la peluquería donde ocurrieron los hechos.

46 Rad. 14633 de 2003.

47 Al respecto ver las sentencias de radicados 14633 (2003), 12764 (2002), 20373 (2004), 21187 (2006), 9093 (1995), 9772 (1998), 13863 (2001), 16655 (2003), 18674 (2005), 26027 (2007), la sentencia del 03 de agosto de 1982 y la de 26 de septiembre de 1994.

48 Algo que sostienen también Zaffaroni (2003: 527), Bello (1998), Pérez (2012: 211), Manrique (2007: 433), Velásquez (2012: 167), Sotomayor-Gallego (1999: 16), Donini (2011: 84, 92, 93, 96).

49 Ver las sentencias con radicado 14311 (2004), 23521 (2008), y 25511 (2008).

(Gallego, 1998, 1999: 16; Velásquez, 2012: 167; Vallejo, 2012: 92). Derivado de esto se tiene que no hay una seria línea jurisprudencial sobre el tema, pues el tratamiento ha sido disímil y poco claro, en la mayoría de los casos avalándose la aplicación de dicha figura por los Tribunales con comentarios transversales que evaden el estudio del asunto propuesto<sup>50</sup>. Con lo que en múltiples ocasiones se arriba a condenas que parecen fruto de responsabilidad objetiva y no de atribuciones personales de la misma, con violación a los principios de legalidad y culpabilidad; perfilándose -en una paráfrasis de las palabras de Sotomayor (2008: 152)- un derecho penal que es más pena que derecho.<sup>51</sup>

En segundo lugar creemos que lo anterior facilita la atribución dolosa de las conductas en tanto no son necesarios ya dilatados debates probatorios, pues o bien los “elementos volitivos” del dolo eventual -cuando se acogen- se derivan de circunstancias fácticas de la acción, de elementos personales anteriores o posteriores del sujeto, o de presunciones jurisprudenciales que a la vez que acortan el tema probatorio no prueban lo que dicen probar; o bien se descartan de plano bastándose para imputaciones dolosas elementos cognitivos (constatación de la previsibilidad del hecho) presentes en el actuar, sin que sea necesario preguntarse por la intención del agente frente a un resultado dañino a bienes jurídicos, ni por las críticas doctrinarias a las teorías que ha acogido dicha Corporación, las que finalmente señalan que ninguna es convincente, al menos desde el ámbito probatorio, para atribuir responsabilidad dolosa a hechos que no lo son. Concluimos también que los casos que se han catalogado como dolosos eventualmente, en la mayoría de situaciones (cuando no corresponden a delitos preterintencionales o directamente dolosos) corresponden a estructuras imprudentes con representación, pero frente a las que, según la Corte, pareciera -de cara a la *sociedad*- injusta la pena de este tipo de delitos; con lo que se desvirtúa el papel limitador de la sistemática penal, que se pretende modificar o inaplicar cuando las circunstancias y las decisiones de política-criminal lo requieran, con marcadas tendencias expansionistas del derecho penal que le atribuyen funciones de prevención de conductas indeseadas socialmente<sup>52</sup>.

---

50 Lo que debe conducir a preguntarnos, una vez más, por los fines de la casación penal, que más que unificar la jurisprudencia, garantizar el derecho material, las garantías fundamentales, y reparar los agravios a éstas, se constituye en un medio que, más allá de la técnica jurídica que requiere este recurso -que no instancia-, envuelto en el rígido formalismo evade discusiones claras que representan violaciones a derechos fundamentales, y más que unificar jurisprudencia la cambia constantemente, dejando que cualquier aplicación de determinadas figuras jurídicas sea (o no) posible.

51 Por otro lado, y esta vez sí de manera expresa, encontramos la prohibición jurisprudencial de atribuir imputaciones a título de dolo eventual en los delitos de prevaricato que se entienden de mera conducta, pero realizados siempre con dolo directo. Esta es quizá la única manifiesta prohibición que puede encontrarse en el lapso de tiempo estudiado, frente a esta figura.

52 Por ejemplo, los casos sobre accidentalidad vial o disparos indiscriminados deberían conducir a cuestionar el acceso de los ciudadanos a las armas, por un lado, y la ingesta de alcohol cuando se va a conducir; en este último

Finalmente, frente a los tipos con elementos especiales (móviles, fines, propósitos, intenciones) y a los dispositivos amplificadores del tipo (participación, tentativa) creemos que la tendencia de la CJS es a ignorar que su concurrencia debe producirse con dolo directo, pues las definiciones legales mismas así lo exigen: no es posible determinar<sup>53</sup> a otro a la comisión de un delito “eventualmente”, así como no es posible iniciar la consumación de un delito mediante actos idóneos *e inequívocamente dirigidos a su consumación* (tentativa según el CP actual) de manera eventual; lo mismo puede decirse de los requisitos especiales de algunos delitos como terrorismo, peculado por apropiación, acceso carnal violento, entre otros, que requieren dolo directo (intención en el sentido usual de la palabra) para su consumación. De la misma manera no tiene cabida en la legislación vigente (ni bajo el CP de 1980) que los contribuyentes sean punidos como autores, o que sea posible participar en la producción de delitos que han sido realizados “con dolo eventual”, pues si el propio autor no quiso directamente los resultados de su conducta, menos podrían hacerlo los cómplices.

## 5. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Bello Landrove, Federico. (1998). El dolo eventual en España (reflexiones para un debate). *Jueces para la democracia*, número 32, pp. 14-16.
- Bello Landrove, Federico. (2005). A propósito del dolo y la culpa. En: Velásquez V. Fernando (coord.), *Derecho penal liberal y Dignidad Humana. Libro Homenaje al Dr. Hernando Londoño Jiménez* (pp. 167-174). Bogotá: Ed. Temis.
- Cadavid Quintero, Alfonso. (1999). El delito imprudente en el proyecto de reforma a la legislación penal. *Nuevo Foro Penal*, N° 61, pp. 57-87.
- Cadavid Quintero, Alfonso. (1998). *Introducción a la teoría del delito. Especial consideración a los fundamentos del delito imprudente*. Medellín: Dike Biblioteca jurídica.
- Canestrari, Stefano. (2003). La estructura del dolo eventual y las nuevas fenomenologías de riesgo. En: *Anales de derecho*, número 21, (Trad. Beatriz Romero Flórez). pp. 71-108
- Corte Suprema de Justicia, Auto radicado 9897 (1994)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 9032 (1995)

---

caso afrontándose el fracaso de las campañas preventivas que se han implementado e indagando las causas de dicha debacle, recordándose que pese a ello el derecho penal en un estado que se proclama constitucional y democrático debe ser la *última ratio* del poder, y actuar siempre de forma reactiva ante lesiones y no de forma preventiva ante problemas sociales, y respetando los principios del derecho penal liberal que acoge –al menos discursivamente– el sistema penal colombiano, tales como la protección a bienes jurídicos, el principio de culpabilidad, de lesividad, de proscripción a la responsabilidad objetiva, de derecho penal de acto, entre otros.

53 “Hacer tomar una resolución” según la definición de la RAE.

- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 9093 (1995)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 9772 (1998)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 14617 (1999)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 13053 (2000)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 14355 (2000)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 17376 (2003)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 27431 (2007)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 28434 (2008)
- Corte Suprema de Justicia, Sentencia radicado 32964 (2010)
- Díaz Pita, María del Mar, “La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización”, en *Revista Penal*, 17, pp. 59-71, n. 14, 2006  
Disponible en: [http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA\\_PENAL\\_DOCS/Numero%252017/pregunta.PDF](http://www.cienciaspenales.net/portal/page/portal/IDP/REVISTA_PENAL_DOCS/Numero%252017/pregunta.PDF) [recuperado el 15 de julio de 2012]
- Díaz Pita, María del Mar, (2006). La presunta inexistencia del elemento volitivo en el dolo y su imposibilidad de normativización. En *Revista Penal*, 17, n. 14, 2006, pp. 59-71.
- Foucault, Michel. (2007). *La arqueología del saber*. 23 ed. Medellín: siglo XXI.
- Foucault, Michel. (1992). *El orden del discurso*. Buenos Aires: Tusquets editores.
- García Albero, Ramón. (2007). La nueva política criminal de la seguridad vial. Reflexiones a propósito de la LO 15/2007, de 30 de noviembre, y del Proyecto de Reforma del Código Penal. *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (en línea), núm. 09-11, p. 11:1-11:28. Recuperado de: <http://criminet.ugr.es/recpc/09/recpc09-11.pdf>
- Gimbernat Ordeig, Enrique. (1971). “¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?”. Recuperado de: <http://new.pensamientopenal.com.ar/01092009/doctrina03.pdf> [acceso el 23 de febrero de 2013]
- Gallego, Gloria María. (1998). *Dolo eventual y tentativa en Colombia (la discusión de la naturaleza jurídica del dolo eventual y sus repercusiones en materia de tentativa)*. (Tesis de pregrado en Derecho). Universidad de Antioquia. Localización: Biblioteca Central Universidad de Antioquia.
- Gómez Pavajeau, Carlos Arturo. (2002). *Dogmática penal y teoría del injusto en el nuevo Código Penal*. Colección pensamiento jurídico N° 1, Procuraduría General de la Nación. Instituto de Estudios del Ministerio Público. Bogotá. Imprenta nacional.
- González Zapata, Julio (comp.), *Memorias* (pp. 205-214). Medellín: Comlibros.
- Herzog, Felix. (2003). Sociedad del riesgo, Derecho penal de riesgo, Regulación del riesgo: perspectivas más allá del derecho penal. En: *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo*. Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla – La Mancha.

- Jakobs, Günther. “Dolus malus”, Revista InDret: Revista para el Análisis del Derecho núm. 4, octubre de 2009, Barcelona. Disponible en: [http://www.indret.com/es/derecho\\_penal/8/?&sa=1&fc=115&sn=24](http://www.indret.com/es/derecho_penal/8/?&sa=1&fc=115&sn=24) [recuperado el 15 de julio de 2012]
- Joshi, Jubert, Ujala. (1989) “Concurrencia de culpas y conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. Comentario a la STS DE 25 DE OCTUBRE DE 1988”, en: Anuario de Derechi Penal y Ciencias Penales, Mayo-Abril. [Acceso: 20 de junio de 2011]; disponible en: [dialnet.unirioja.es/download/articulo/1994437.pdf](http://dialnet.unirioja.es/download/articulo/1994437.pdf)
- Manrique, Laura María. (2007). Responsabilidad, dolo eventual y doble efecto. En: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 30, pp. 415-434.
- Marrero Avedaño, Danny. (2002). El lenguaje y el derecho: o sobre los conceptos de “ley” e “interpretación” en la dogmática penal. Revista *Universitas, Pontificia Universidad Javeriana*, número 103, pp. 129-247.
- Matus, Jean Pierre. (2008). Por qué citamos a los alemanes y otros apuntes metodológicos”. En *Política criminal*. N° 5, A5-5, pp. 1-35. Recuperado de: [http://www.politicacriminal.cl/n\\_05/A\\_5\\_5.pdf](http://www.politicacriminal.cl/n_05/A_5_5.pdf)
- Matus, Jean Pierre. (2009) ¿Por qué deberíamos conocer más y no menos? Respuesta a A. v. Weezel, Recuperado de: <http://www.scielo.cl/pdf/politcrim/v4n7/art08.pdf>
- Meza Morales, Fernando. (2010). Teoría dartañesaca de la coautoría. Refutación. En: Zapata González, Julio (comp.), *Memorias* (pp. 205-214). Medellín: Comlibros.
- Muñoz Tejada, Julián Andrés. “La dogmática como comentario a la ley”. Revista Jurídica - Núm. 4-1, Enero 2007 - Páginas: 105-119. Manizales.
- Navas Cardona, Alejandro (Comp.). (2000). Nuevo Código Penal, Ley 599 de 2000, Título III, *Exposición de motivos “De al conducta punible” por la Fiscalía General de la nación*, (Sic) Editorial Ltda, p. 96. Bucaramanga. Recuperado de: [http://www.mamacoca.org/docs\\_de\\_base/Legislacion\\_tematica/NUEVO%20CODIGO%20PENAL842005.pdf](http://www.mamacoca.org/docs_de_base/Legislacion_tematica/NUEVO%20CODIGO%20PENAL842005.pdf)
- Pérez Barberá, Gabriel. (2011). *El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental*. Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- Pérez Barberá, Gabriel. (2012). Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. En *Cuadernos de derecho penal* [en línea] N° 6 Recuperado de: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/perez-gabriel-dolo-no-estado-mental.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/perez-gabriel-dolo-no-estado-mental.pdf)
- Ragués i Vallés, Ramón. (2004). Consideraciones sobre la prueba del dolo, En: *Revista de estudios de la justicia*, N° 4, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, pp. 13 a 26.
- Ragués i Vallés, Ramón. (2012). De nuevo, el dolo eventual: un enfoque revolucionario para un tema clásico. Recensión a Gabriel Pérez Barberá, El dolo eventual. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental.”, en revista *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 3, Barcelona. Recuperado de: <http://www.indret.com/pdf/899.pdf>

- Restrepo Rodríguez, Diana. “Aproximación al concepto de bien jurídico en un <<derecho penal colonizado>>: el caso colombiano”, En: Nuevo Foro Penal Vol. 6, julio-diciembre 2010. pp.131-193. Universidad EAFIT. Medellín.
- Roxin, Claus. (1997). *Derecho penal: parte general*, 1ª edición. España: Civitas.
- Salazar Figueroa, Carlos Germán. (2002). *El dolo eventual en la tentativa*. Tesis de Maestría en Ciencias Penales y Criminológicas, Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- Schilardi, María del Carmen. (1999). Consenso y disenso como vías de legitimación del discurso práctico jurídico: sujeto de derecho y sujeto moral. *Themata (revista de filosofía)*, número 23, pp. 341-345.
- Schünemann, Bern. (1991). Introducción al razonamiento sistemático en Derecho Penal, en *El sistema moderno del Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales (pp. 31-77)*, España: Tecnos Editorial S.A.
- Struensee, Eberhard. Consideraciones sobre el dolo eventual (trad. Alejandro Kiss), en: Indret, revista para el análisis del derecho, Barcelona, edición 4 de 2009, p. 3. Recuperado de <http://www.indret.com/pdf/673.pdf>,
- Vallejo Castaño, Raúl. (2012). *El dolo eventual y su tratamiento en el Derecho Penal Colombiano*. Tesis de Maestría en Derecho Penal, Medellín: EAFIT. Recuperado de: [http://repository.eafit.edu.co/bitstream/10784/663/1/Raul\\_CastañoVallejo\\_2012.pdf](http://repository.eafit.edu.co/bitstream/10784/663/1/Raul_CastañoVallejo_2012.pdf)
- Velásquez Velásquez, Fernando. (2. Ed.). (2004). *Manual de Derecho Penal: parte general* (pp. 333-346). Bogotá: Temis.
- Velásquez Velásquez, Fernando; Wolffhügel Gutiérrez, Christian. (2012). “De la diferencia entre dolo eventual y culpa consciente en la reciente jurisprudencia”. En: Cuadernos de Derecho Penal [en línea]. Nº 6. Recuperado de: [http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho\\_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf](http://www.usergioarboleda.edu.co/derecho_penal/cuadernos-de-derecho-penal/cdp6/diferencia-dolo-culpa-jurisprudencia-corte-fernando-christian-wolffhugel.pdf)
- Zaffaroni, Raúl Eugenio; Alajia, Alejandro; Slokar, Alejandro. (2003). *Derecho Penal Parte General*, segunda edición. Temis-Ediar: Buenos Aires.



Título: Afro 1  
Técnica: Óleo pastel  
Dimensión: 27 x 40 cm

***CIENCIA, TECNOLOGÍA  
E INNOVACIÓN EN EL MARCO  
DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS  
Y SUS APORTES A LA SOLUCIÓN  
DEL CONFLICTO COLOMBIANO***

Fecha de recepción: septiembre 13 de 2013  
Fecha de aprobación: octubre 22 de 2013

## **CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN EL MARCO DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS Y SUS APORTES A LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COLOMBIANO**

*Leonor Hidalgo Ciro\**

### **RESUMEN**

Las políticas de Ciencia, Tecnología e Innovación CTel tienen como fin último contribuir al desarrollo del país, no obstante, son pocos o casi inexistentes las estrategias, normas y mecanismos que hacen alusión expresa a solución del conflicto armado en Colombia o la búsqueda y construcción de la paz desde la CTel. Este artículo indaga a través de la revisión de los lineamientos de política y criterios para la priorización de los programas y proyectos presentados ante el Fondo de CTel del SGR, si dichas políticas y lineamientos contemplan la búsqueda de soluciones al conflicto en Colombia, o si, por el contrario, el Sistema Nacional de CTel está en deuda de diseñar políticas de CTel que contribuyan a la construcción de paz en el país.

**Palabras clave:** Ciencia, Tecnología e Innovación; Conflicto; Paz; Sistema General de Regalías.

## **SCIENCE, TECHNOLOGY AND INNOVATION IN THE GENERAL ROYALTIES GENERAL SYSTEM AND THEIR CONTRIBUTIONS TO THE COLOMBIAN CONFLICT SOLVE.**

### **ABSTRACT**

The main objective of Science, Technology and Innovation Policies is to contribute to the development of the country, however, there are few or inexistent strategies, policies and mechanisms in this policies to help to resolve the armed conflict in Colombia or build the peace based on Science, technology and Innovation. This article explores through the review of the policy guidelines and criteria for the prioritization of programs and projects to be submitted to the Science, Technology and Innovation Fund of the Royalties General System of the country, whether those policies and guidelines contemplate finding solutions to the conflict in Colombia, or if on the contrary, the National System of Science TEchnology and Innovation is in debt in the policy design the contribute building peace in the country.

**Key Word:** Science, Technology and Innovation; conflict; peace; Sistema General de Regalías

---

\* Este artículo es resultado parcial de la investigación que actualmente realiza la autora para optar al título de Maestría en Estudios políticos, del Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales – IEPRI, de la Universidad Nacional de Colombia, sede Bogotá.

# CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN EN EL MARCO DEL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS Y SUS APORTES A LA SOLUCIÓN DEL CONFLICTO COLOMBIANO

## 1. EL SISTEMA NACIONAL DE CIENCIA, TECNOLOGÍA E INNOVACIÓN

### Composición del Sistema

Colombia es un Estado que se construye y transforma paulatinamente en todos sus ámbitos, incluyendo el de la CTeI. Es por ello que al revisar los orígenes, conformación y evolución del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación (SNCTeI), se puede identificar una trayectoria de mejoras incrementales, multiplicidad de políticas y asignaciones presupuestarias inconsistentes.

Sus orígenes se encuentran básicamente en la implementación de las políticas de desarrollo y cooperación internacional de los años 60 que se materializaron en la creación de institutos de investigación en diversas áreas del conocimiento y sin articulación entre ellas, tales como Instituto Colombiano de Crédito Educativo y Estudios Técnicos en el Exterior (Icetex), Instituto Colombiano Agropecuario (ICA), Servicio Nacional de Aprendizaje (SENA), Instituto Colombiano de la Reforma Agraria (Incora), Instituto de Asuntos Nucleares, entre otros.

En la historia del SNCTeI, se pueden situar cuatro grandes hitos. Los dos primeros, se ubican en lo que podría denominarse la primera fase y los dos restantes en época reciente. El primero de estos hitos, fue la creación de Colciencias en 1968 y el segundo, la emisión de la ley 29 de 1990 “Por la cual se dictan disposiciones para el fomento de la investigación científica y el desarrollo tecnológico” norma insignia y pilar fundamental del sistema durante casi dos décadas.

Los dos hitos recientes, se presentaron en los últimos 4 años y llevaron al SCTeI a un nuevo momento histórico y posicionamiento dentro del sistema administrativo nacional. El primero de ellos fue la expedición de la Ley 1286 de 2009 la cual transformó el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología en el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación y a Colciencias (instituto del orden nacional)

en Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación, instancia que tiene rango equivalente a un ministerio dentro del ordenamiento administrativo colombiano. El segundo gran cambio, fue introducido por el Acto Legislativo 005 de 2011 el cual destinó el 10% de las regalías que recibe el Estado Colombiano por la explotación de recursos naturales no renovables para la financiación de proyectos y programas de CTel.

El SNCTel, es “un sistema abierto, del cual forman parte las políticas, estrategias, programas, metodologías y mecanismos para la gestión, promoción, financiación, protección y divulgación de la investigación científica y la innovación tecnológica así como las organizaciones públicas, privadas o mixtas que realicen o promuevan el desarrollo de actividades científicas, tecnológicas y de innovación (Art. 20 Ley 1280 de 2009).

El fin esencial del SNCTel, es contribuir al desarrollo del país en todas las áreas y niveles a través de la formación ciudadana para la toma de decisiones y el emprendimiento. Así mismo, busca “promover el desarrollo de estrategias regionales para el impulso de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, aprovechando las potencialidades en materia de recursos naturales, lo que reciban por su explotación, el talento humano y la biodiversidad, para alcanzar una mayor equidad entre las regiones del país en competitividad y productividad. (Art. 3 No.7 Ley 1286 de 2009).

El Departamento Administrativo de Ciencia, Tecnología e Innovación – Colciencias, es un organismo principal de la administración pública, rector del sector, encargado de formular, orientar, dirigir, coordinar, ejecutar e implementar la política del Estado en la materia, en concordancia con los planes y programas de desarrollo (Art. 5 ley 1286).

Para cumplir con su rol de líder y coordinador del sistema y para la toma de ciertas decisiones, Colciencias cuenta con instancias colegiadas como los Consejos de los Programas Nacionales de CTel, los Consejos Departamentales de CTel y el Consejo Asesor de CTel y espacios de participación a nivel nacional como el Consejo de Política Económica y Social y el Consejo de Ministros donde se toman las decisiones de política nacional y a nivel interinstitucional con participación en las juntas directivas de diversos organismos privados, públicos y de naturaleza mixta.

### **Políticas y Estrategias**

La implementación de las políticas, se hace a través de estrategias y programas que se enfocan en la priorización de áreas del conocimiento para la asignación de recursos y la concentración de esfuerzos. De acuerdo a sus propios lineamientos y mandatos (Art. 3 Ley 1286), las políticas del SNCTel deben propender y estar en función de entre otros, los siguientes propósitos:

(...) Incorporar la investigación científica, el desarrollo tecnológico y la innovación a los procesos productivos.

Integrar esfuerzos de los diversos sectores y actores para impulsar áreas de conocimiento estratégicas para el desarrollo del país.

Promover la calidad de la educación formal y no formal.

Promover el desarrollo de estrategias regionales para el impulso de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación.

En Colombia, las políticas del orden nacional son esencialmente emitidas por el Consejo de Política Económica y Social más conocido como CONPES, quien a su vez plasma las políticas en documentos que reciben este mismo nombre. Los documentos Conpes se caracterizan por contener una recopilación de los antecedentes o el estado del arte en la materia a nivel nacional y con referencias internacionales relevantes, las estrategias y lineamientos generales, los requerimientos precisos a las instituciones nacionales según sus competencias así como unas recomendaciones finales.

En el tema de CTel se han emitido múltiples documentos de política<sup>1</sup> entre los que se destacan el Conpes 2739 y el 3582. El Conpes 3582 de 2009 establece la Política Nacional de CTel y tiene como objetivo general “crear las condiciones para que el conocimiento tenga una función instrumental en la generación de riqueza, ingreso, equidad y bienestar social”.

Si bien el objetivo general es claro, la definición de prioridades, es tal vez una de las debilidades más arraigadas del SNCTI y se evidencia tanto en las políticas como en los instrumentos, programas y ejecución de las actividades científicas, tecnológicas y de innovación. Esta falencia, quedó incluso plasmada en el mismo documento Conpes 3582:

---

1 Conpes 2739 de 1994 Política Nacional de Ciencia y Tecnología 1994-1998; Conpes 3080 Política Nacional de Ciencia y Tecnología 2000-2002; Colombia Construye y Siembra Futuro 2008; Conpes 3522 Lineamientos Generales para la implementación de Acuerdos de Cooperación Industrial y Social –Offset - Relacionados con Adquisiciones en Materia de Defensa en Colombia; Conpes 3527 Política Nacional de Competitividad y Productividad; Conpes 3533 Bases de un Plan de Acción para la Adecuación del Sistema de Propiedad Intelectual a la Competitividad y Productividad Nacional 2008-2010; Conpes 3652 Concepto Favorable a la Nación para Contratar Empréstitos Externos con la Banca Multilateral Hasta por US\$ 50 millones de Dólares o su Equivalente en otras Monedas Destinado a Financiar el Proyecto de Fortalecimiento del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación; Conpes 3668 Informe de Seguimiento a la Política Nacional de Competitividad y Productividad Ley 1253 de 2008; Conpes 3674 Lineamientos de Política para el fortalecimiento del Sistema de Formación de Capital Humano SFCH; Conpes 3678 Política de Transformación Productiva: Un Modelo de Desarrollo Sectorial para Colombia; Conpes 3697 Política para el Desarrollo Comercial de la Biotecnología a partir del uso Sostenible de la Biotecnología; Visión Colombia 2019; Política de Apropriación Social de la Ley de Ciencia y Tecnología; Plan Nacional de desarrollo Científico, Tecnológico, Tecnológico y de Innovación 2007-2009.

En Colombia, se han hecho esfuerzos por parte del gobierno por focalizar recursos y direccionar acciones con una perspectiva de largo plazo. Uno de ellos es el ejercicio presentado en el documento *Visión 2019 de ciencia y tecnología* (DNP y Colciencias (2006)), en donde se establece que las prioridades deben referirse a cuatro aspectos fundamentales: i) las áreas del conocimiento planteadas por la Nueva Ciencia y por la Tercera Revolución Industrial, ii) aprovechamiento de las potencialidades del país, iii) áreas que puedan contribuir a resolver los problemas característicos de la sociedad colombiana y iv) la investigación científica y tecnológica orientada a incrementar la capacidad competitiva del país. A partir de esto, propone como estrategias de focalización aprovechar sosteniblemente el potencial de la biodiversidad y los recursos marítimos, desarrollar el sector agrícola a través de ciencia y tecnología, adelantar acciones para mitigar el riesgo en desastres y fortalecer la defensa y la seguridad nacional y explorar fuentes de energía alternativas.

Por su parte, el documento *Política Nacional de Fomento a la investigación y la innovación Colombia construye y siembra futuro*, enfatiza en el desarrollo de: I) Biodiversidad, ii) Salud, iii) Agua, iv) materiales y electrónica, v) Investigación social.

Programa de Transformación Productiva<sup>2</sup> los ocho sectores que lidera la primera ola durante 2009 son: textil, confección, diseño y moda, industria de la comunicación gráfica, autopartes, energía y bienes y servicios conexos, software y tecnologías de información, tercerización de servicios a distancia (BPO&O), cosméticos y artículos de aseo, y por último, turismo de salud.

En cuanto a focalización en áreas del conocimiento, el SNCTeI ha destinado recursos al desarrollo de los programas nacionales de ciencia y tecnología en donde se busca promover la investigación en áreas como: ciencias básicas, ciencias sociales, estudios científicos de la educación, salud y medio ambiente, recursos marítimos, biotecnología, energía y minería, recursos agrícolas, tecnologías industriales y calidad, electrónica y telecomunicaciones e informática. (Colciencias 2008).

Muy a pesar de señalar esta falencia al expresar que “en el país, la falta de focalización ha generado dispersión de recursos, lo que a su vez ha conducido a que los recursos dentro de cada sector no sean suficientes para producir CTel de frontera” (Conpes 3582 Pág. 31) este mismo Conpes en su contenido, no logra tampoco concentrarse y definir un número limitado de prioridades.

De otra parte y si bien el Conpes 3582 recoge lo expuesto en la *Política Nacional de Fomento a la Investigación y la Innovación “Colombia Construye y Siembra Futuro”* vale la pena resaltar el enfoque que esta tiene como un “paso que da el gobierno nacional para responder a la responsabilidad que tiene de construir las

---

2 Las áreas que prioriza este programa se presentarán en detalle más adelante y actualizadas a 2013.

condiciones más favorables para que el país se desarrolle integralmente en lo social, lo económico, lo político y lo cultural.” (Conpes 3582 Pág. 3)

En dicho documento, se identifican las siguientes áreas como requisito para el desarrollo del país: identificación y uso sostenible de la biodiversidad; el aprovechamiento y preservación de recursos hídricos, desarrollo de la electrónica y materiales; desarrollo de la investigación en ciencias de la salud; estudios sociales colombianos concernientes a la paz y la cohesión social”

Es de destacar la mención que se hace a los estudios sociales concernientes a la paz, pues en el desarrollo del Conpes 3582 no se menciona este aspecto, como tampoco en ninguna otra de las políticas o estrategias se hace se menciona la paz como objeto de estudio prioritario.

Por su parte, el plan nacional de desarrollo 2010-2014 “Prosperidad para Todos” reconoce que “la innovación y la inversión en investigación y desarrollo no son exclusivas a un sector. Por lo contrario, deben ser parte vital de todos los sectores y hacerse extensivos a todos sus eslabonamientos (...) la innovación no solo aplica a las actividades productivas. Es, por lo contrario, una pieza central en todas las esferas del desarrollo, incluyendo el desarrollo social o el Buen Gobierno<sup>2</sup> (Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014 pag. 58)

Y para ello, propone como mecanismos habilitadores para la innovación: (1) el fortalecimiento de los esquemas de protección a la propiedad intelectual; (2) la disponibilidad y diversidad de instrumentos financieros; (3) el mayor y mejor uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones; (4) el establecimiento de un sistema de educación superior de calidad y con pertinencia; (5) la promoción de esquemas de asociatividad empresarial en torno al desarrollo de *clusters* basados en la innovación y (6) la consolidación de alianzas productivas regionales y locales entre empresas, universidades y entidades del Estado. (Plan Nacional de Desarrollo Pág. 58)

Como puede observarse es expresa la declaración en las políticas nacionales de CTel que ésta, debe contribuir a la construcción y consolidación de la paz, así como o que están entre sus prioridades, las “áreas que puedan contribuir a resolver los problemas característicos de la sociedad colombiana” y los estudios sociales colombianos concernientes a la paz y la cohesión social, por considerarse un requisito para el desarrollo del país. No obstante lo rescatable de estas afirmaciones, no se encuentra un desarrollo de estas premisas en los programas ni en los mecanismos y herramientas del SNCTel tal como se mostrará más adelante.

### **Programas**

El artículo 5 del Decreto 585 de 1991 señala que el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología se organiza en “Programas de Ciencia y Tecnología” y define como

“Programa de Ciencia y Tecnología un ámbito de preocupaciones científicas y tecnológicas estructurado por objetivos, metas y tareas fundamentales, que se materializa en proyectos y otras actividades complementarias que realizarán entidades públicas o privadas, organizaciones comunitarias o personas naturales”.

Actualmente, el SNCTeI cuenta con 13 programas nacionales, los cuales son liderados y administrados por Colciencias: Ciencias Básicas; Áreas Sociales y Humanas; Mar y Recursos Hidrobiológicos; Ambiente, Biodiversidad y Hábitat; Biotecnología; Salud; Educación; Desarrollo Tecnológico e Innovación Industrial; Agropecuarias; Investigaciones en Energía y Minería; Electrónica, Telecomunicaciones e Informática; Formación de Investigadores; Seguridad y Defensa.

Adicionalmente Colciencias tiene las siguientes estrategias para lograr los objetivos señalados en las políticas nacionales: i) Ondas, para el fomento de una cultura ciudadana de CTI en la población infantil y juvenil de Colombia, ii) Internacionalización de la cyt; iii) Apropiación social del conocimiento.

De otra parte, el SNCTeI cuenta con el Programa de Transformación Productiva (PTP), que es una alianza público-privada, creada por el Ministerio de Comercio Industria y Turismo y administrada por Bancóldex<sup>3</sup>. Este programa tiene como objetivos principales: i) mejorar la productividad y competitividad sectorial; ii) Facilitar la coordinación entre actores públicos y privados; iii) ayudar a que sectores y empresas puedan beneficiarse de las oportunidades que surgen de los Acuerdos Comerciales, al tener una oferta exportable más sólida; iv) Contribuir a mejorar la calidad de vida de los colombianos como resultado del buen desempeño de sectores productivos y empresas que generen más y mejores empleos.

Las áreas priorizadas por el PTP son las siguientes: i) Manufacturas: cosméticos y artículos de aseo; editorial e industria de la comunicación gráfica; industria de autopartes y vehículos; sistema moda; metalmecánico, siderúrgico y astillero. ii) Servicios: tercerización de procesos de negocios BPO&O; software y tecnologías de información y comunicaciones; energía eléctrica, bienes y servicios conexos; Turismo de salud y bienestar; turismo de naturaleza. iii) Agroindustria: acuicultura;

---

3 Bancóldex es el Banco de Desarrollo Empresarial Colombiano. Diseña y ofrece nuevos instrumentos, financieros y no financieros, para impulsar la competitividad, la productividad, el crecimiento y el desarrollo de las micro, pequeñas, medianas y grandes empresas colombianas, ya sean exportadoras o del mercado nacional. Con el fin de promover el desarrollo empresarial, Bancóldex cuenta con diferentes instrumentos de apoyo para atender de forma integral a los empresarios colombianos en cada una de sus etapas de crecimiento. Para ello, además de ofrecer crédito tradicional, cuenta con programas especiales como iNNpuls Colombia e iNNpuls Mipyme; la Banca de las Oportunidades y el Programa de Transformación Productiva.

carne bobina; chocolatería, confitería y sus materias primas; hortofrutícola; lácteo; palma aceite, grasas, vegetales y biocombustibles.

De los trece programas nacionales, es fácil identificar en cuáles de ellos podría encontrarse un componente o línea afín con la construcción de la paz o la solución del conflicto: Áreas Sociales y Humanas; Educación; Agropecuarias; Investigaciones en Energía y Minería. No obstante no existe dentro de ellos una propuesta sistémica, estratégica y consecuente dirigida hacia la búsqueda de la construcción de paz o la solución del conflicto.

La apuesta por dichos objetivos se da en el marco de proyectos aislados e independientes presentados por la universidad, centros o grupos de investigación que se proponen el desarrollo de investigaciones en áreas concretas de interés institucional, pero no obedecen a una propuesta consecuente con las necesidades y problemática del país y su población.

### **Metodologías y Mecanismos**

El SNCTeI, cuenta con un conjunto de instrumentos de apoyo a la investigación y la innovación que permiten desarrollar los objetivos y las estrategias de la Política. Dichos instrumentos se pueden agrupar así: Financiamiento para proyectos bajo diferentes modalidades<sup>4</sup>; Formación de alto nivel: becas de maestría<sup>5</sup>, doctorados, inserción laboral (posdoctorado); Incentivos tributarios para la investigación y la innovación: deducción por inversiones o donaciones en proyectos de investigación, innovación y desarrollo tecnológico; exención de impuesto de renta sobre producción de *software* y medicamentos; exención de IVA en la importación de equipos y elementos.

Otros mecanismos: financiación de registro de patentes; indexación y homologación de revistas especializadas de CTI, PUBLINDEX; reconocimiento a centros de investigación, desarrollo tecnológico e innovación; registro de editoriales nacionales; servicio de información de pares evaluadores reconocidos del SNCTeI.

Generalmente, la financiación de proyectos, iniciativas y actividades de ciencia, tecnología e innovación - acti, se hace a través de convocatorias públicas en donde los proyectos y propuestas que se presentan son sometidos a evaluación por pares y las aprobaciones finales se hacen en comités o consejos según corresponda.

---

4 La lista completa de las convocatorias para 2013 puede consultarse en [www.colciencias.gov.co](http://www.colciencias.gov.co)

5 La financiación a nivel de maestrías se hace en alianza con Colfuturo.

El SNCTeI, cuenta con una figura, que a pesar de no ser una institución, un órgano colegiado o un mecanismo de fomento, representa una herramienta de primer nivel para su dinámica y es el Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José De Caldas cuyos recursos son administrados a través de un patrimonio autónomo, lo que conlleva algunas ventajas como, por ejemplo, que los recursos destinados a la financiación de actividades de CTeI no se vean afectados por las restricciones de vigencia fiscal anual que tienen los recursos públicos y su contratación está sometida a las normas especiales de contratación en CTeI.

Si bien podría hacerse una interpretación y análisis de estos instrumentos que permitiera entender sus aportes a la construcción de paz y la solución del conflicto, básicamente se reducen a la posibilidad de financiación de proyectos de investigación que puedan eventualmente incluir en su temática el tema.

### **Financiación del Sistema**

Las fuentes de financiación del sistema son: presupuesto nacional, el presupuesto destinado por las regiones para las actis, el presupuesto destinado por la entidades del gobierno nacional para actis y de fondos especiales como Fondo de Investigación en Salud FIS<sup>6</sup> y los recursos de Ley 344. Lo anterior sumado a los presupuestos de las entidades y empresas privadas.

En cuanto a los recursos del Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación, Fondo Francisco José de Caldas, son los siguientes: recursos del Presupuesto General de la Nación; los que las entidades estatales destinen al Fondo para la financiación de actividades de ciencia, tecnología e innovación; los provenientes del sector privado y de cooperación internacional orientados al apoyo de actividades de ciencia, tecnología e innovación; las donaciones o legados que le hagan personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, y entidades internacionales y los rendimientos financieros provenientes de la inversión de los recursos del patrimonio autónomo.

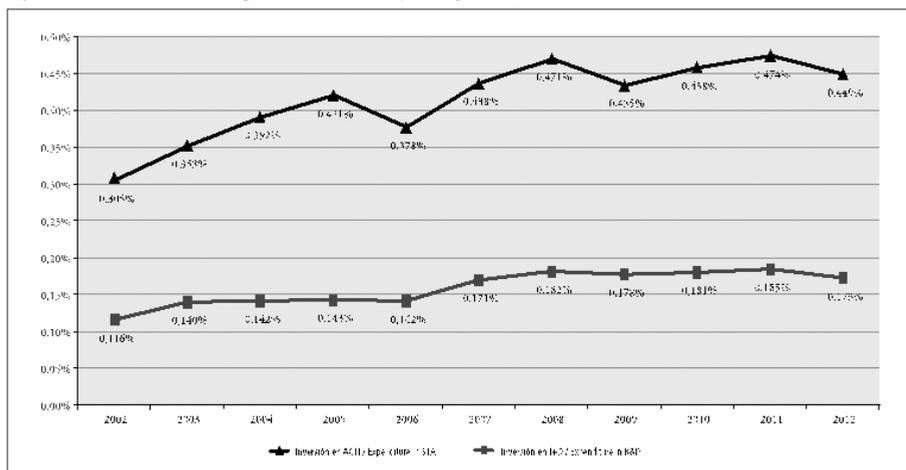
Estas fuentes de financiación, llegan a cifras poco representativas para lo que en el ámbito internacional se estima como mínimo de inversión (1%) del PIB y en las propias metas fijadas en las políticas colombianas (2%) ya que, la inversión en

---

6 Es el Fondo de Investigación en Salud, financiado con el 7% de los recursos obtenidos por los departamentos, el distrito capital y los municipios por la explotación del monopolio de los juegos de suerte y azar, diferentes del lotto, la lotería preimpresa y la lotería instantánea el propio del monopolio rentístico de juegos de suerte y azar. (Art. 42 ordena Ley 643 de 2001)

Investigación y Desarrollo I+D<sup>7</sup> alcanza tan solo el 0,173% y en actividades de ciencia, tecnología e innovación ACTI<sup>8</sup> 0,449%. A continuación, algunas gráficas que muestran las cifras de inversión en CTeI:

Gráfica 1.1. Evolución de la inversión en actividades de ciencia, tecnología e innovación –ACTI como porcentaje del PIB, 2002 - 2012  
Expenditure in scientific and technological activities –STA as a percentage of GDP, 2002 - 2012



Fuente: CITEC, BANF y BOP - I+D+I - ESTADÍSTICA Y POLÍTICA, Universidad Nacional de Colombia, Colombia, 2007.

7. Lealitia y Jiménez, Universidad Nacional de Colombia en cooperación con el Observatorio Colombiano de Ciencia y Tecnología, Observatorio de Investigación en la Universidad Nacional de Colombia, 2009 - 2005. Una construcción desde el nivel institucional. Bogotá, D.C., Universidad Nacional de Colombia.

8. Tomado en libre acceso de automatización. Universidad Nacional de Colombia, comunicado de prensa publicado por la oficina de la rectoría en 2007.

Fuente: Indicadores de Ciencia y Tecnología 2012. Observatorio Colombiano de Ciencia y Tecnología.

## 2. EL SISTEMA GENERAL DE REGALÍAS

### El nuevo sistema, sus recursos y su distribución

Las regalías son los recursos que recibe el Estado en contraprestación económica por la explotación de los recursos naturales no renovables tales como el petróleo, el oro o el carbón. Hasta el año 2011, los dineros recibidos por este concepto, se

7 Según el Manual de Frascati de la OECD (2002), Investigación y Desarrollo comprende el trabajo creativo llevado a cabo de forma sistemática para incrementar el volumen de los conocimientos humanos, culturales y sociales y el uso de esos conocimientos para derivar nuevas aplicaciones en todos los campos de la ciencia y la tecnología e involucra la investigación básica, aplicada y el desarrollo experimental.

8 Estas incluyen, además de I+D, la enseñanza y la formación de científicos e ingenieros, y los servicios científicos y tecnológicos software.

Tabla 1.11. Inversión en ACTI como porcentaje del PIB según países seleccionados, 2002 - 2010

STA expenditure as a percentage of GDP for some selected countries, 2002 - 2010

País - región Country - Region	Año / Year								
	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010
Argentina	0,44%	0,46%	0,49%	0,53%	0,58%	0,61%	0,67%	0,67%	0,70%
Brasil	1,33%	1,26%	1,24%	1,27%	1,34%	1,40%	1,45%	1,43%	1,50%
Canadá	2,91%	2,71%	2,67%	2,67%	2,90%	3,06%	3,04%	3,02%	3,01%
Chile	n.d.	n.d.	n.d.	n.e.	n.d.	0,33%	0,32%	0,31%	0,35%
Colombia	0,31%	0,35%	0,39%	0,42%	0,38%	0,44%	0,47%	0,44%	0,46%
Costa Rica	n.d.	0,54%	1,00%	n.e.	1,33%	1,33%	1,39%	2,75%	n.d.
Cuba	0,28%	0,34%	0,53%	0,84%	0,59%	0,72%	0,83%	0,91%	0,90%
Ecuador	0,17%	0,18%	n.d.	n.e.	0,20%	0,23%	0,33%	n.e.	n.d.
España	0,99%	1,05%	1,06%	1,12%	1,20%	1,27%	1,35%	1,33%	1,35%
Estados Unidos	2,65%	2,64%	2,57%	2,62%	2,64%	2,70%	2,54%	2,93%	n.d.
México	n.d.	n.d.	0,75%	0,80%	0,78%	0,81%	0,87%	0,87%	n.d.
Panamá	0,55%	0,71%	0,90%	1,27%	0,68%	0,51%	0,50%	0,57%	0,47%
Paraguay	0,73%	0,71%	0,75%	1,08%	0,99%	1,17%	1,50%	1,64%	1,58%
Trinidad y Tobago	0,27%	0,23%	0,21%	0,19%	0,12%	0,10%	0,08%	0,15%	0,13%
Venezuela	0,43%	0,31%	0,25%	0,35%	1,78%	2,66%	2,54%	2,35%	n.d.
América Latina y el Caribe Latin America and the Caribbean	0,68%	0,59%	0,67%	0,72%	0,81%	0,94%	1,00%	1,13%	1,19%

Fuentes: Para Colombia, CINEC; para México, cuentas nacionales de CINEC; para el resto de países BOP y Cálculos CINEC.

- n.e. = no se encuentra en el país.  
- n.d. = no disponible.

distribuían de manera directa entre municipios y departamentos en los que existía exploración o explotación de recursos naturales no renovables.

Para los municipios y departamentos en donde había exploración o explotación, el Estado destinaba el 80% del monto total recibido por concepto de regalías, mientras que el 20% restante, se redistribuía a través del Fondo Nacional de Regalías.

Los departamentos y municipios que recibían asignaciones directas debían emplearlas en alcanzar las metas propuestas en sus planes de desarrollo, financiando tanto infraestructura como otro tipo de actividades o coberturas contempladas y priorizadas en estos.

Este sistema de administración y distribución de los recursos de regalías, sufrió un cambio radical en 2012 cuando el país, mediante el Acto Legislativo 005 de 2011 a través del cual se modificaron los artículos 360 y 361 de la Constitución Nacional y se creó el Sistema General de Regalías - SGR. A través de este Acto, se eliminó

**Tabla 1.4. Inversión nacional en ACTI por sectores de financiamiento, 2002 - 2012**  
 STA expenditure by funding sector, 2002 - 2012

Tipo de institución / Type of institution	2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	2010	2011	2012	2002 - 2012
Empresas finc	50,24%	43,46%	47,8%	33,27%	36,81%	42,44%	47,4%	49,79%	35,32%	30,77%	31,03%	37,7%
Entidades del gobierno central y entidades territoriales	30,76%	35,17%	37,27%	22,67%	41,32%	30,52%	33,65%	30,43%	35,67%	51,92%	51,74%	49,38%
Instituciones de educación superior y educación terciaria	1,30%	11,80%	1,3%	11,21%	11,51%	10,35%	3,52%	19,78%	10,78%	9,68%	9,04%	-9,50%
Internaciones internacionales	4,41%	5,3%	3,38%	3,49%	4,12%	2,58%	3,1%	4,75%	4,14%	2,32%	2,65%	3,57%
Centros de investigación y desarrollo tecnológico research and technological development	2,05%	2,87%	2,6%	3,07%	3,21%	2,77%	2,17%	2,22%	2,9%	2,56%	2,84%	2,61%
Instituto de nuevos aplicativos	0,28%	0,13%	0,19%	0,25%	2,78%	1,49%	1,04%	3,89%	1,9%	1,16%	1,21%	9,55%
IPSA al servicio de las empresas y por parte de organizaciones profesionales	0,11%	0,04%	0,07%	0,5%	0,12%	0,04%	0,82%	0,35%	0,22%	0,26%	0,12%	0,05%
ONG, asociaciones y agrupaciones profesionales associational associations and NGOs	0,16%	0,16%	0,14%	0,19%	0,1%	0,18%	0,22%	0,34%	0,42%	0,41%	0,40%	0,28%
Total millones de pesos de 2011 Total COP m. 2011	1.145.297	1.378.431	1.640.318	1.856.670	1.800.399	2.217.802	2.467.440	2.349.476	2.564.653	2.918.938	2.897.727	23.257.152

Fuente: OCETECASL, EDPH, UNISTAT, ICFEY, Gobernación Nacional de Colombia  
 Calles, OCyT

el sistema de asignaciones directas y quedó consagrado constitucionalmente un nuevo modelo de distribución de las regalías y los lineamientos generales sobre los cuales se desarrollaría el sistema.

Para poner en marcha el sistema, el gobierno expidió el Decreto Ley transitorio 4923 de 2011, el cual fija la distribución, objetivos, fines, administración, ejecución, control, uso y destinación de los ingresos provenientes de la explotación de los recursos naturales no renovables.

El SGR, tiene dos objetivos esenciales, el primero de ellos, es crear condiciones de equidad en todo el territorio nacional y el segundo, generar ahorros para épocas de escasez. Para ello, promoverá la competitividad, el desarrollo regional y el aprovechamiento de los recursos minero energéticos e incentivará la integración de los departamentos y regiones a través de la presentación de proyectos conjuntos.

El nuevo sistema propuso un nuevo modelo para la distribución de recursos, que consiste en la creación de cinco fondos, tres de ellos para la financiación de proyectos y los dos restantes para ahorrar. Los fondos para la financiación de proyectos se dividen de acuerdo a sus áreas temáticas así: i) Ciencia, Tecnología e Innovación (FCTI), ii) Fondo de Desarrollo Regional - FDR y iii) Fondo de Compensación Regional - FCR. Los fondos destinados para ahorro son: el Fondo de Ahorro y Estabilización - FAE y el Fondo de Ahorro Pensional Territorial - Fonpet.

A diferencia del modelo anterior, el actual SGR no entrega las regalías en forma directa, sino que lo hace a través de la presentación de proyectos de inversión ante los Órganos Colegiados de Administración y Decisión OCAD, con cargo a dichos fondos, los cuales se alimentan de una asignación porcentual del total de las regalías así: i) 10% para el Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación; ii) 10% para el Fondo de Ahorro Pensional Territorial; iii) 30% para el Fondo de Ahorro y Estabilización.

El restante 50% se distribuye así: i) 20% para las asignaciones directas; ii) 80% para los Fondos de Compensación Regional (60%) y de Desarrollo Regional (40%)

Los Fondos de Ciencia, Tecnología e Innovación y de Desarrollo Regional tienen como finalidad la financiación de proyectos regionales acordados entre las entidades territoriales y el Gobierno Nacional.

Los recursos del Fondo de Compensación Regional se destinan a la financiación de proyectos de impacto regional o local de desarrollo en las entidades territoriales más pobres del país, de acuerdo con criterios de Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), población y desempleo y con prioridad en las zonas costeras, fronterizas y de periferia.

Los recursos del Fondo de Ahorro y Estabilización, así como sus rendimientos, serán administrados por el Banco de la República en los términos que establezca el Gobierno Nacional. En los períodos de desahorro, la distribución de estos recursos entre los demás componentes del Sistema se regirá por los criterios que defina la ley.

### **Conformación del SGR**

El SGR está integrado por la Comisión Rectora, el Departamento Nacional de Planeación, los Ministerios de Hacienda y Crédito Público, y de Minas y Energía, Colciencias y los órganos colegiados de administración y decisión - OCAD.

La Comisión Rectora, es el órgano encargado de definir la política del SGR, evaluar su ejecución general y dictar mediante acuerdos, las regulaciones de carácter administrativo orientadas a asegurar el adecuado funcionamiento del sistema y esta conformada por: el Director del Departamento Nacional de Planeación; Ministro de Minas y Energía; Ministro de Hacienda y Crédito Público; dos gobernadores de los cuales uno corresponderá a uno de los departamentos productores, elegido por los mismos y el otro elegido por la Asamblea de Gobernadores por un período de un año; dos alcaldes, de los cuales uno corresponderá a los municipios productores, elegido por los mismos y el otro elegido por la Asamblea de Alcaldes por un período de un año; un Senador y un Representante a la Cámara, que hagan parte de las Comisiones Quintas Constitucionales Permanentes y que sean elegidos por las respectivas Comisiones, por un período de un año, para que asistan a las reuniones como invitados especiales permanentes, con voz, pero sin voto.

Por su parte, los OCAD, son los responsables de evaluar, viabilizar, aprobar y priorizar la conveniencia y oportunidad de financiarlos. Igualmente, designarán el ejecutor de los proyectos o programas el cual debe ser de naturaleza pública, y su integración varía de acuerdo a los diferentes fondos.

La participación en estos órganos colegiados es ad honórem y sus integrantes son elegidos para periodos de un año, tendrán como invitados permanentes con voz pero sin voto a: dos Senadores y dos Representantes a la Cámara, un representante de la Comisión Consultiva de Alto Nivel para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, así como un representante de las Comunidades Indígenas en cada OCAD de aquellos departamentos en que estos tengan representación.

En lo que respecta a las medidas de seguimiento y control, el SGR cuenta con un Sistema de Monitoreo, Seguimiento, Control y Evaluación para la recolección, consolidación, análisis y verificación de la información correspondiente a la administración de los recursos del SGR y su ejecución. No obstante y debido a

la reciente creación del SGR, vale la pena resaltar, que aún no se han ejecutado proyectos ni programas, tan solo se ha hecho la aprobación de una primera fase de presentación de proyectos y se espera prontamente empezar a evaluar los resultados de este nuevo sistema.

### **Articulación entre el SNCTeI y el SGR**

El SGR y el SNCTeI tienen una relación directa a través del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, el cual está constituido por el 10% del monto total de las regalías. Este Fondo, tiene como objeto “incrementar la capacidad científica, tecnológica, de innovación y de competitividad de las regiones, mediante proyectos que contribuyan a la producción, uso, integración y apropiación del conocimiento en el aparato productivo y en la sociedad en general, incluidos proyectos relacionados con biotecnología y tecnologías de la información y las comunicaciones, contribuyendo al progreso social, al dinamismo económico, al crecimiento sostenible y una mayor prosperidad para toda la población” (Art. 29 Ley 1530 de 2012 ).

El Fondo está dirigido a la financiación de programas o proyectos regionales de Ciencia, Tecnología e Innovación y los recursos del fondo se distribuyen entre los departamentos bajo los siguientes criterios: i) indicadores de necesidades básicas insatisfechas; ii) población y iii) desempleo (Acto Legislativo 05 de 2011). Los recursos permanecen en una cuenta administrada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y una vez que el OCAD aprueba un programa o proyecto, son transferidos al ejecutor.

El OCAD del Fondo de CTeI, está conformado entre otros por actores del SNCTeI como son: universidades públicas (tres); universidades privadas (dos); una universidad pública representante de comunidades étnicas; el director de Colciencias; el Director del DNP; tres ministros; seis gobernadores (uno por cada región).

El objetivo esencial del Fondo es incrementar la capacidad científica, tecnológica, de innovación y de competitividad de las regiones, por lo que los programas y proyectos que se financien deben contribuir efectivamente a la producción, uso, integración y apropiación del conocimiento en el aparato productivo y en la sociedad en general. Bajo este marco, el fondo financia programas y proyectos de CTeI que incluyan las siguientes actividades: i) investigación y desarrollo; ii) innovación; iii) formación y capacitación científica y tecnológica; iv) servicios científicos y tecnológicos.

El ciclo de proyectos de inversión inicia con la formulación del proyecto, el cual puede ser elaborado por cualquier persona pública o privada (Universidades, grupos y centros de investigación, entidades territoriales, cámaras de comercio, empresas,

entre otras), luego las secretarías de planeación de las entidades territoriales deben llevar a cabo la revisión de los proyectos para posteriormente presentarlos a Colciencias, como secretaría técnica del OCAD. Una vez revisado y verificados los requisitos, Colciencias presenta los proyectos al OCAD para que sean viabilizados, priorizados y aprobados.

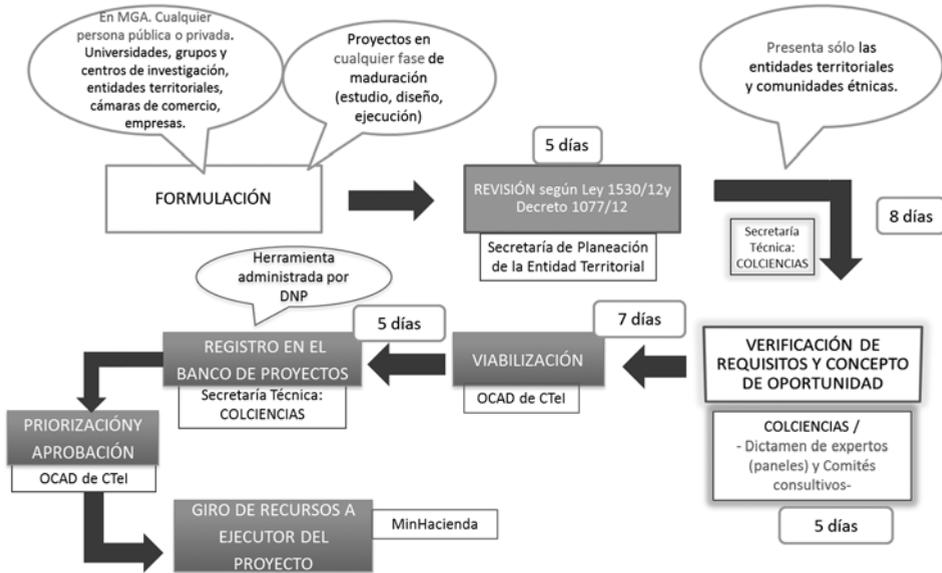
Colciencias, como Secretaría Técnica del Órgano Colegiado de CTeI, es la encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos que establezca la Comisión Rectora del SGR para la aprobación de los programas o proyectos y solicitar a expertos conceptos técnicos para conocer la pertinencia técnica y científica de los programas y proyectos. Adicionalmente, Colciencias tiene un papel destacado en lo que a la formulación de políticas respecta, pues es la responsable de proponer a la Comisión Rectora del SGR los lineamientos de política que articulen el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación con la política de inversión de recursos del Fondo CTeI (Art. 29 Ley 1530 de 2012).

Así mismo, tiene entre sus funciones: i) Proponer acuerdos para la formulación, presentación, verificación, priorización y aprobación de proyectos de CTeI; ii) Proponer metodologías de evaluación y seguimiento de proyectos de CTeI; iii) Convoacar al OCAD y proporcionar la infraestructura logística, técnica y humana para el funcionamiento del mismo; iv) Apoyar técnicamente las decisiones del OCAD.

Que sea Colciencias el ente rector del SNCTeI y al tiempo ejerza la Secretaría Técnica del OCAD y sobre todo que sea el encargado proponer los lineamientos de política que articulen el SNCTeI con la política de inversión de recursos del Fondo de CTeI del SGR, es un lineamiento claro y coherente de la necesidad de que haya una articulación del SNCTeI con el SGR y de la importancia de armonizar los objetivos y áreas estratégicas priorizadas por las políticas del Sistema Nacional con el SGR.

Adicionalmente, el SGR a través del OCAD, también se articula con el SNCTeI a través de la interrelación con los Comités Departamentales de Ciencia y tecnología (CODECTI), las Comisiones Regionales de Competitividad (CRC), los Comités Universidad Empresa Estado (CUEE) o grupos conformados por miembros de estos y otras instancias departamentales de coordinación y concertación en materia de CTeI, con el propósito de apoyarse en ellos para analizar la conveniencia, oportunidad o solidez de los proyectos presentados al Fondo para su financiación (Art. 57 de la Ley 1530 de 2012).

La siguiente gráfica muestra el ciclo de un proyecto presentado al fondo de CTeI del SGR:



Fuente: Colciencias

Una bondad muy destacable del SGR, es que permite que cualquier entidad del orden nacional, pueda presentar proyectos susceptibles de ser financiados con cargo a los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación, a través de la Secretaría Técnica del Órgano Colegiado de Administración y Decisión, sometiéndose a las normas, procedimientos y requisitos establecidos para las entidades territoriales.

### **Priorización y lineamientos para la aprobación de proyectos a financiar por el fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación y su contribución a la solución del conflicto**

Como línea base para la priorización de proyectos y programas, la Comisión Rectora ha fijado los siguientes criterios: Impacto territorial, económico, social, cultural y ambiental; concordancia con el Plan Nacional de Desarrollo y los planes de desarrollo territoriales; mejoramiento de infraestructura y de las condiciones de vida de ciertas comunidades minoritarias, de las zonas de frontera; la asociatividad; la estabilización ambiental y el uso de energías renovables.

Adicionalmente, los proyectos o programas deben cumplir con las siguientes características:

- **Pertinencia:** Oportunidad y conveniencia de formular proyectos acordes con las condiciones particulares y necesidades socioculturales, económicas y ambientales.
- **Viabilidad:** Cumplimiento de las condiciones y criterios jurídicos, técnicos, financieros, ambientales y sociales requeridos.
- **Sostenibilidad:** Posibilidad de financiar la operación y funcionamiento del proyecto con ingresos de naturaleza permanentes.
- **Impacto:** Entendido como la contribución efectiva que realice el proyecto al cumplimiento de las metas locales, sectoriales, regionales y los objetivos y fines del Sistema General de Regalías.
- **Articulación con planes y políticas nacionales** de las entidades territoriales, de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palanqueras, de las comunidades indígenas y del pueblo Rom o Gitano de Colombia.
- Es destacable, dentro de estos criterios la vinculación de las comunidades minoritarias de Colombia y especialmente de las comunidades negras, afrocolombianas e indígenas ya que han sido estas las más afectadas por el conflicto (Centro de Memoria Histórica. 2013. pag. 25). Esto es indispensable, ya que pensar en aportar a la construcción de paz sin las víctimas es totalmente incoherente y probablemente poco exitoso.

De otra parte, vale la pena resaltar el Acuerdo 016 de 2013 de la Comisión Rectora que en su artículo segundo fija las políticas de inversión contemplando que “Los recursos del Fondo de Ciencia, Tecnología e Innovación del Sistema General de Regalías solo podrán invertirse en los siguientes tipos de proyectos de inversión (...):

1. Proyectos de Formación en investigación a lo largo de la vida (...)
2. Proyectos del sector agropecuario , agroindustria, pesquerías, acuicultura (marina y continental) y seguridad alimentaria, en coordinación con los lineamientos de la Agenda Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación agropecuaria organizada en cadenas productivas, enfocados a aumentos de productividad y sostenibilidad de las diferentes actividades agropecuarias y sensible a las oportunidades que requiera el proceso de negociación de la paz y acuerdos comerciales internacionales.
3. Proyectos del Sector Salud (...)
4. Proyectos de Vivienda, Hábitat y Desarrollo (...)
5. Proyectos de agua, diversidad y territorio (...)

6. Proyectos de minería y energía responsable (...)
7. Proyectos de desarrollo e Innovación Industrial y Empresarial (...)
9. Proyectos de innovación y nuevos conocimientos en tecnologías de la innovación [SIC] y las comunicaciones.
10. Programas y proyectos relacionados con la apropiación social del conocimiento (...)"

Llama la atención la timidez de esta propuesta, si bien es necesario reconocer la mención que en el numeral segundo de este artículo se hace a la paz, más concretamente al tema del proceso de negociación. No obstante, la construcción de una estrategia articulada y que enfrente concretamente la problemática del conflicto no existe.

“Los casos emblemáticos y la profusa investigación académica al respecto permiten identificar factores determinantes y recurrentes en el origen, las transformaciones y la continuidad del conflicto armado, entre los que se cuentan principalmente los problemas vinculados a la tierra y la precariedad de la democracia. (...) Todos los informes ilustran la gradual convergencia entre la guerra y el problema agrario (despojos violentos, concentración ociosa de la tierra, usos inadecuados, colonizaciones y titulaciones fallidas). Pero a los viejos problemas se suman otros nuevos, que muestran las dinámicas inauguradas por el narcotráfico, la explotación minera y energética, los modelos agroindustriales y las alianzas criminales entre paramilitares, políticos, servidores públicos, élites locales económicas y empresariales, y narcotraficantes (...)” (Centro de Memoria Histórica. 2013 p. 21)

Bajo este entendido, probablemente los proyectos de Vivienda, Hábitat y Desarrollo y Minería y Energía tendrían mucho que aportar, siempre y cuando las investigaciones y desarrollo tecnológico fueran enfocadas a solucionar problemas en estas áreas pero bajo el enfoque o con un componente pensado a la luz del conflicto.

Tal como lo señalan los expertos, la entrada en vigencia del SGR y consecuentemente del Fondo de CTeI, ha abierto una oportunidad única para la CTeI del país por cuanto representa el mayor presupuesto que se le ha asignado al tema en toda la historia \$1.675.129.810.565 (Art. 4 Ley 1606 de 2012)

Una de las mayores expectativas frente a esta oportunidad, es la disminución de las brechas que existen entre las regiones del país, en donde las capacidades y oportunidades tradicionalmente han estado y están concentradas en Bogotá, Medellín, Barranquilla y Cali.

Sin embargo, el criterio de impacto regional debe fortalecerse en el sentido de buscar beneficiar con la CTeI a aquellos territorios más afectados por la violencia, ya

que son estas poblaciones las que más han padecido la violencia. “Ver la violencia desde la perspectiva de la tierra y los territorios revela otro rasgo distintivo de su historia: la guerra se ha librado mayoritariamente en el campo colombiano, en los caseríos, veredas y municipios, lejanos y apartados del país central o de las grandes ciudades”. (Centro de Memoria Histórica 2013. pág. 22)

Hasta que se genere una conciencia social sobre ello, esta seguirá siendo “una guerra que muchos colombianos y colombianas no ven, no siente, una guerra que no los amenaza. Una guerra de la que se tiene noticia a través del lente de los medios de comunicación, que sufren otros y que permite a miles de personas vivir la ilusión de que el país goza de democracia plena y prosperidad, a la vez que les impide entender la suma importancia de cada decisión, afirmación o negociación política para quienes la sufren” (Centro de Memoria Histórica 2013. pág. 22).

## CONCLUSIONES

Si bien es cierto que la solución del conflicto y la construcción de paz demandan el desarrollo y que el desarrollo se logra con transformación productiva, generación de empleo y soluciones tecnológicas, es también cierto que no necesariamente un país desarrollado es un país en paz, o que un país como el nuestro pueda alcanzar el desarrollo sin alcanzar la paz.

Por ello, es indispensable señalar que el desarrollo debe ser equitativo e incluyente y por eso es necesario pensar en políticas de CTeI que propendan por estas características y que de manera explícita y decidida aborden la problemática del conflicto y la construcción de paz.

Ahora bien, tampoco se trata de pensar la construcción de paz de manera aislada, se trata de una construcción en relación con todas las áreas priorizadas en las políticas y programas nacionales de CTeI, así como con aquellas iniciativas que en el marco de otros sistemas tengas programas, proyectos e iniciativas en torno a la construcción de paz y la solución del conflicto.

El reto, está en vincular la CTeI a dichos programas, enfocarla para alcanzar estos propósitos de manera más eficiente, sólida y sostenible.

Que en el futuro, sea requisito indispensable para los proyectos de Agro financiados con recursos del SGR por ejemplo, tener un componente de aporte a las comunidades campesinas. De hecho valdría la pena desde ya preguntarse ¿qué tanto los proyectos hasta ahora financiados con recursos del Fondo de CTeI benefician a las

comunidades más necesitadas o más golpeadas por la violencia o por la explotación minera cuyas regalías son las que precisamente alimentan este fondo?

Si esta es la más grande inversión que se ha hecho hasta el momento en CTeI, es imperativo aportar con ella a la construcción de paz. Incluir programas educativos y de emprendimiento para la transición productiva y social entre el conflicto y la paz, es inminente, el aprovechamiento de las tierras y la generación de riqueza en armonía con el respeto por el medio ambiente es posible, pero necesita de estrategias articuladas, incluyentes y conscientes de que la CTeI puede y debe contribuir a la solución del conflicto y la construcción de la paz en Colombia.

Finalmente quedan las preguntas: ¿Esta en deuda Colciencias de crear un programa de CTeI para la paz? ¿Debería la Comisión Rectora del SGR emitir lineamientos que pongan la CTeI al servicio de la paz?

## BIBLIOGRAFÍA

- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 2739 de 1994. Política Nacional de Ciencia y Tecnología 1994-1998. Bogotá D.C., 1994.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3080 Política Nacional de Ciencia y Tecnología 2000-2002. Bogotá D.C., 2000.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3522 Lineamientos Generales para la implementación de Acuerdos de Cooperación Industrial y Social –Offset - Relacionados con Adquisiciones en Materia de Defensa en Colombia. Bogotá D.C., 2008.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3527 Política Nacional de Competitividad y Productividad. Bogotá D.C., 2008
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3533 Bases de un Plan de Acción para la Adecuación del Sistema de Propiedad Intelectual a la Competitividad y Productividad Nacional 2008-2010. Bogotá D.C., 2008.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3652 Concepto Favorable a la Nación para Contratar Empréstitos Externos con la Banca Multilateral Hasta por US\$ 50 millones de Dólares o su Equivalente en otras Monedas Destinado a Financiar el Proyecto de Fortalecimiento del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación. Bogotá D.C., 2010.

- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3668 Informe de Seguimiento a la Política Nacional de Competitividad y Productividad Ley 1253 de 2008. Bogotá D.C., 2010
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3674 Lineamientos de Política para el fortalecimiento del Sistema de Formación de Capital Humano SFCH. Bogotá D.C., 2010.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3678 Política de Transformación Productiva: Un Modelo de Desarrollo Sectorial para Colombia. Bogotá D.C., 2010.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Consejo Nacional de Política Económica y Social. Conpes 3697 Política para el Desarrollo Comercial de la Biotecnología a partir del uso Sostenible de la Biotecnología. Bogotá D.C., 2011
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Visión Colombia 2019: Una propuesta para Discusión. Bogotá D.C., 2005.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación - Colciencias. Plan Nacional de desarrollo Científico, Tecnológico, Tecnológico y de Innovación 2007-2009. Bogotá D.C., 2006.
- Colombia. Instituto Colombiano de Ciencia, Tecnología e Innovación, Colciencias. Política de Apropiación Social de la Ciencia y la Tecnología. Bogotá D.C., 2005.
- Colombia. Colciencias. Colombia Construye y Siembra Futuro. Política Nacional de Fomento a la Investigación a la Innovación. Bogotá D.C., 2008.
- Colombia. Centro de Memoria Histórica. Basta Ya; Colombia: Memoria de guerra y dignidad. Informe General Grupo de Memoria Histórica. Bogotá D.C., 2013
- Observatorio Colombiano de Ciencia y Tecnología. Indicadores 2012. Bogotá D.C., 2012.
- Observatorio Colombiano de Ciencia, Tecnología e Innovación. Indicadores 2012. Bogotá 2012.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1606. (21, diciembre, 2012). Por la cual se decreta el presupuesto del Sistema General de Regalías para el Bienio del 1° de enero de 2013 al 31 de diciembre de 2014. Bogotá, D.C., 2010.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1450. (16 junio 2011). Por el cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1530 (17 mayo de 2012). Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1530 de 2012. Por la cual se regula la organización y el funcionamiento del Sistema General de Regalías.
- Colombia. Congreso de la República. Acto Legislativo 05 de 2011. Ley Por el cual se constituye el Sistema General de Regalías, se modifican los artículos 360 y 361 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones sobre el régimen de regalías y compensaciones

Colombia. Congreso de la República. Decreto 1949 de 2012. Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 1530 de 2012 en materia presupuestal y se dictan otras disposiciones.

Colombia. Congreso de la República. Decreto 1075 de 2012. Pro el cual se reglamenta la organización y funcionamiento de los OCAD y las secretarías técnicas, de acuerdo con lo establecido en el artículo 6 de la Ley No. 1530 de 2012.



Título: Afro 3

Técnica: Óleo pastel

## ***CRÍTICA A LAS PRINCIPALES TEORÍAS DEL CONSENSO CONTRACTUAL: JOHN RAWLS Y JÜRGEN HABERMAS\****

\* El texto nace como proyecto de investigación para mi trabajo de grado en la maestría en filosofía y etología de la Universidad del Valle, con el ánimo de mostrar las falencias conceptuales de dos de los principales filósofos contemporáneos como son John Rawls y Jürgen Habermas.

Fecha de recepción: septiembre 3 de 2013

Fecha de aprobación octubre 25 de 2013

## CRÍTICA A LAS PRINCIPALES TEORÍAS DEL CONSENSO CONTRACTUAL: JOHN RAWLS Y JÜRGEN HABERMAS

*John Alexis Rengifo Carpintero\*\**

### RESUMEN

El tema de la justicia social como problema ético-político en el mundo globalizado, al interior de las sociedades democráticas contemporáneas, es la empresa jurídico-política y ético-moral que emprenden los mejores académicos de las ciencias humanas. Es este el tema de que se ocupan dos de los principales pensadores contemporáneos John Rawls y Jürgen Habermas, cada uno desde su disciplina de conocimiento, pero en ambos casos a través de la implementación metodológica del artificio conceptual de implicar procedimentalmente a los actores sociales, en un consenso contractual, que actuaría como garante ético-político en la consecución de la justicia. No obstante, tales autores levantan sus edificios conceptuales allende, a espaldas de las realidades concretas de pueblos etno-culturalmente bien determinados. Es allí, donde propongo abordar la cuestión desde el ámbito educativo, en lugar de seguirlo pensando solo desde lo político o desde lo ético, para ello el concepto del *pluralismo crítico* en oposición al de consenso contractual, planteado por el filósofo Canadiense Peter McLaren, entraría a subsanar los vacíos conceptuales de estas teorías a favor de una teoría más real y humana.

**Palabras Clave:** Consenso, Pluralismo crítico, Racionalidad, Reparación, Justicia

## CRITIC TO MAJOR CONTRACT CONSENSUS THEORIES: JOHN RAWLS AND JÜRGEN HABERMAS

### ABSTRACT

The issue of social justice as ethical and political problem in the globalized world, within contemporary democratic societies, is the company legal and political and ethical-moral undertaking the best scholars of the humanities. This is the theme of that address two major contemporary thinkers Jürgen Habermas and John Rawls, each from their discipline of knowledge, but in both cases through the methodology implementation involve conceptual gadget, procedural social actors, into a contractual agreement, which would act as guarant or political ethical achieving Justice. However, these authors raises their conceptual buildings beyond, behind, from the concrete realities of indigenous ethno-culturally well established. It is there, where I propose to address the issue from the field of education, instead of thinking only follow from political or from the ethical, for which the concept of critical pluralism as opposed to contractual consensus, raised by the Canadian philosopher Peter McLaren, enter to filling conceptual gaps in these theories in favor of a more real and human theory.

**Keywords:** Consensus, Critical Pluralism, Rationality, Repair, Justice

---

\*\* Candidato a título de Magister en filosofía y etología en la Universidad del Valle. Creador y director de la Fundación Investigación Creativos. Educador de la Universidad Antonio José Camacho y profesor universitario en distintas instituciones como son: la Universidad Católica Lumen Gentium, La Universidad del Valle, la Universidad Pontificia Bolivariana, entre otras. Mail jallexrecar@yahoo.es. Cali-Colombia.

# CRÍTICA A LAS PRINCIPALES TEORÍAS DEL CONSENSO CONTRACTUAL: JOHN RAWLS Y JÜRGEN HABERMAS

## INTRODUCCIÓN

El escrito presentado a continuación gira en torno a dos de los principales teóricos de la filosofía política contemporánea, John Rawls (1996) y Jürgen Habermas (1999), cada cual desde su propio campo de estudio propone un edificio conceptual en aras de solucionar el principal problema político contemporáneo, el de: cómo asegurar la justicia socio-política en el marco de las sociedades democráticas contemporáneas caracterizadas como pluralistas, pero en donde las distintas doctrinas de bien que en esta cohabitan poseen puntos de vista irreconciliables entre sí.

Este escrito es una invitación a problematizar, o mejor aún, a considerar de un modo crítico las propuestas conceptuales de uno y otro autor, a la luz de las realidades etno-culturales de culturas muy precisas a las que no se les puede estereotipar como racionales o razonables, en aras de hacerlas encajar con la teoría. Para tal labor, la noción de *pluralismo crítico*, propuesta por Peter McLaren (1991) en oposición a los teóricos del consenso, es una salida pertinente a un panorama de homogenización socio-político impuesto por los teóricos de la justicia.

El contexto socio-político y cultural al que se enfrentan tanto Rawls como Habermas, es el de las sociedades democráticas contemporáneas caracterizadas por su pluralismo omnicompreensivo razonable, o lo que es lo mismo, caracterizadas por una diversidad de culturas, doctrinas e ideas de bien todas comprensibles pero irreconciliables entre sí, debido a la cosmovisión que cada una de ellas profesa. En este sentido, ambos autores tratarán, cada uno a su manera, de plantear la mejor teoría hipotético-argumentativa posible para resolver los desacuerdos sociales, políticos y éticos que tal situación cultural produce.

Ahora bien, para comprender la dimensión epistemológica-social, hipotético-argumentativa y procedimental-deliberativa a la que nos enfrentamos con Rawls y Habermas, es preciso establecer unas similitudes y diferencias conceptuales entre estos dos pilares de la filosofía política contemporánea, en pos de su correcta fundamentación para posteriormente pasar a su deconstrucción crítica.

## SEMEJANZAS CONCEPTUALES

Algunas de las semejanzas de ambos autores a la hora de abordar el problema de la justicia social y política en el ámbito de la vida pública, son las siguientes: tanto para Rawls como para Habermas el espacio geográfico, social y cultural en las sociedades democráticas contemporáneas ofrece un pluralismo de doctrinas omnicomprensivas razonables sobre la base de una filosofía de vida, o lo que es lo mismo, horizontes de vida distintos pero todos moralmente legítimos. Ideas de bien que sin embargo resultan ser irreconciliables entre sí. Dado que cada doctrina profesa una idea de bien en oposición doctrinal a las demás. No solo a nivel dogmático, sino también a nivel psicológico y social. Por ello, para nuestros autores el elemento común a evaluar en estos espacios plurales es la pretensión procedimental de corte racional que concibe una cierta idea de concepción pública de la justicia, en aras de proscribir los mejores principios para el establecimiento del orden social y político. Por lo que, para ambos autores el ejercicio de la racionalidad en el ámbito de la esfera pública de la vida, se impone como una necesidad de legitimación de su acontecer hipotético-constructivo. Es decir, la racionalidad debe ser legitimada como garante epistemológico de las acciones teleológicas o emisiones lingüísticas que los individuos realizan en calidad de actores sociales doctrinalmente determinados, para que estos a su vez puedan elegir unos principios de justicia acorde al previo ejercicio de caracterización racional que cada autor hace de ellos.

Por lo anterior, la concepción pública de la justicia, más que una simple pretensión argumentativa, se impone como una necesidad político moral, para el ejercicio sano de acciones deliberativas concretas de orden moral. Para una concreción efectiva de orden político aceptado desde todos y para todos. Esto es, la legitimación jurídico-política y ético-moral de un consenso deliberativo (Habermas, 1999) o representativo (Rawls, 1996).

En Rawls el ejercicio acucioso de justificación o acción legitimadora de la racionalidad en los individuos pasa por: primero, la capacidad que estos deben poseer para asumir un *equilibrio reflexivo*; esto es, la aceptación de una instancia psíquica de comprensión de los constructos procedimentales, para el ejercicio de concertación de los principios de justicia. Constructos tales como: la *posición original* y el *velo de ignorancia* en un primer momento; para en un segundo momento, imponer la necesidad racional, pero en el orden de la moralidad para la elección de los principios reguladores de la sociedad desde sus doctrinas comprensivas, de la inserción en un *consenso entrecruzado*. Segundo, la aceptación de un consenso entrecruzado donde las partes, en calidad de actores sociales representativos, o figuras jurídicas empoderadas por las comunidades o doctrinas comprensivas razonables, son elegidas por las doctrinas para el ejercicio de discusión pública de los principios reguladores

sobre los que habrá de regirse el buen y justo orden social; pero desde la primacía de la elección de unos principios de orden político para que regulen efectivamente la vida pública, sin que estos actúen en oposición a la vida doctrinal y privada de los actores sociales y sus comunidades o doctrinas comprensivas razonables. Por lo que, tal acción pasa del sustrato moral al acto de la acción política.

Mientras tanto para Habermas la acción racional consiste en: *a)* la capacidad que un actor social posee para decidir a través de un sí o un no, por medio de las *emisiones lingüísticas* o *acciones teleológicas* sobre algo en el mundo. Esto implica para el actor social la comprensión de las *pretensiones universales a la validez* (verdad proposicional, rectitud normativa y veracidad expresiva), como un mecanismo lingüístico de legitimación ética dado a través de un proceso de *interacción intersubjetivo*. *b)* Las acciones sociales en el orden de: lo racional dirigido a un fin instrumental (acción teleológica), lo meramente dramático (acción dramática), lo racional comunicativo (acción lingüística). *c)* La comprensión de la sociedad como: un *mundo de la vida* compuesto de cuatro esferas de valor (la científica, la ética, la artística y la del derecho), y unos *sistemas de acción* (cultural, social, económico y político) fuertemente regidos por dos subsistemas: la empresa capitalista y la administración estatal burguesa. Subsistemas de acción que a su vez rigen el orden social a través de los medios dinero y poder respectivamente. Elementos todos que en su conjunto actuarían como mecanismos de reconocimiento de la racionalidad en el individuo, en calidad de actor social.

De este modo, en nuestros dos autores el ejercicio de la razón es siempre un ejercicio de aceptación de los mecanismos o constructos epistemológicos propios de cada teoría, por parte de un individuo doctrinalmente determinado y moralmente constituido, como también de su comunidad. Tanto este como aquella comprenden el valor de la racionalidad, al reconocer hipotéticamente la necesidad de asumir los constructos metodológicos de una u otra teoría.

Ahora bien, ya vimos los elementos comunes de nuestros autores, a saber: la idea de unos principios que aseguren el orden social en la vida pública, en términos de justicia política, dadas las características de las sociedades democráticas contemporáneas como pluralistas, y la necesidad de legitimar procesos de elección racionales que conlleven a la obtención de un acuerdo vinculante. Desde esta perspectiva ahora es preciso señalar las diferencias que se pueden evidenciar entre ambos.

## DIFERENCIAS CONCEPTUALES

Mientras que la teoría filosófica de Rawls es esencialmente política dirigida a las doctrinas comprensivas razonables, y solo de un modo secundario logra acceder

al terreno de la moralidad, esto es, las ideas de bien que profesan los individuos al interior de éstas, la teoría sociológica de Habermas es esencialmente ética, dirigida a procesos de interacción intersubjetivos entre actores sociales en un mundo racionalmente estructurado y lingüísticamente compartido. solo en un segundo aspecto lo político se instituye como una necesidad de fundamentación de la acción social para la organización del entramado social y cultural del mundo de la vida público. Es aquí cuando el mundo de la vida y los sistemas de acción entran en juego para el ejercicio de plantear una democracia deliberativa instituida por una acción ético-argumentativa consensual.

Mientras el consenso entrecruzado en Rawls es representativo: las doctrinas comprensivas razonables elijen un representante que actúa como actor regulador, transmisor y vocero, para el proceso de discusión racional, en la obtención imparcial y equitativa de los principios que habrán de regir la vida política pública. El consenso en Habermas es deliberativo, esto es: se fundamenta en un principio de elección dialogado, sobre la mejor teoría posible a través de la cual se habrá de organizar el buen funcionamiento del individuo en la sociedad.

Rawls parte del análisis de la sociedad como un sistema completo y cerrado, en el que se ingresa por nacimiento y se sale por defunción, que autocomprende y autogestiona los principios esenciales de justicia en la vida pública. Habermas va más allá y plantea un mundo de la vida claramente abierto, producto de un acontecer histórico y en cuyo seno cohabitan dos instancias: las esferas de valor que rigen la vida privada y los sistemas de acción que regirían la vida pública. De ahí que la teoría filosófico política de Rawls y la teoría sociológico-ética de Habermas se planten como los dos mejores paradigmas hipotético-argumentativos posibles, para la realización de este ideal de justicia deliberativo en el ámbito ético-político de la vida pública, para las sociedades democráticas contemporáneas. No obstante, a mi modo de ver y como será demostrado en este trabajo, tales esfuerzos se quedan cortos ante la realidad socio-política y cultural que los individuos poseen como actores sociales doctrinalmente determinados. Tal situación plantea un problema mayor, el de una propuesta ética y política real que parte del contexto societal de tales actores, y no meramente de elucubraciones conceptuales salidas de un ejercicio de la razón pura producido por la imaginación y la capacidad argumentativa de un individuo, en calidad de investigador, al interior de su oficina, y a expensas de lo que acontece en la vida diaria de las comunidades o doctrinas comprensivas razonables.

Las teorías filosófico-políticas y morales de Rawls y Habermas son un esfuerzo de legitimación de la acción racional de los actores sociales, en aras de la consecución de un orden social fundante de un principio de justicia social, de corte político-

moral, que asegure un proceso de elección racional de unos principios de justicia organizacionales, de corte jurídico-políticos, a través de un consenso deliberativo vinculante; esto es, que pueda asegurar la pervivencia de las distintas doctrinas comprensivas razonables bajo un mismo espacio geográfico, social y cultural, sin la preeminencia política del modo de vida de una doctrina sobre las otras.

Para ello el consenso comunicativo o el entrecruzado, se impone como el único ejercicio de deliberación posible en la consecución de tal Estado ideal de justicia. Tales doctrinas, pese a la titánica labor argumentativa de justificación racional de la justicia, adolecen de varios elementos procedimentales en la consideración real de una política pública, a saber: parten ilusoriamente de la consideración epistemológica de los individuos como actores sociales racionales, en la medida en que se acojan a los constructos metodológicos procedimentales de la teoría de uno u otro. Lo que de entrada excluya de tal proceso de justificación teórico-político, de alcance ético, a quienes profesan acciones sociales, no categorizadas como racionales, y que por ende estarían en contra de semejantes formas procedimentales de planteamiento de la organización social, a nivel político. Un claro ejemplo de ello lo constituirán las formas míticas, mágicas o religiosas de consideración sobre el mundo que no se rigen por el esquema de la racionalidad procedimental consensual, sino que conciben la organización jurídico-política de ésta, bien de forma sagrada, espiritual, o bien de forma jerárquico-sacramental, o bien de forma animista-tradicional.

Ambas teorías asumen el consenso contractual como el mejor mecanismo procedimental, para el sano ejercicio de deliberación política: pero en ambas teorías tal ejercicio se lleva a cabo a expensas y a las espaldas de las condiciones de vida reales de los actores sociales. Puesto que están, antes de hacer parte de cualquiera de los dos procesos de elección consensual, sometidos a una serie de ejercicios de tipificación procedimental que poco o nada tienen que ver con sus formas de ser y obrar; a tal punto que de entrada, en las dos teorías se castra la posibilidad real de estos ejercer su facultad de juzgar. En otras palabras, estos no deliberan desde sus condiciones psicológicas, emocionales, afectivas, experienciales de vida, sino que se les impone los constructos metodológicos y las condiciones que habrán de cumplir para hacer parte del consenso, en el proceso de deliberación racional.

La noción de política en los dos autores, carece de un fundamento pragmático real; es decir, en ninguno de los dos se halla una noción real de la acción o el ejercicio de la política: relaciones de poder, dominio, manipulación, opresión y violencia. Antes bien, estos hacen aparecer la política desde los propios entornos conceptuales que cada uno crea y construye. En otras palabras, sus análisis no parten de cómo es la política en su acción diaria, esto es, cómo se organiza realmente las sociedades

democráticas contemporáneas, sino que, parten de cómo es qué estas deben llegar a constituirse. El problema no radica en la prescripción sana de cómo deben organizarse las sociedades contemporáneas democráticas pluralistas, sino en que dicha prescripción se hace allende a las condiciones reales de existencia de los pueblos y doctrinas que cohabitan en esta. Se les impone constructos epistemológicos que deben ser empoderados a través de la exigencia de la acción racional, sin considerarlos a ellos agentes transformadores de la sociedad desde sus propias formas de vida. Es decir, no se les da el estatuto político-moral que merecen, sino que se les normativiza, estandariza y homogeniza para hacer converger la teoría, para salvaguardar ésta, con la realidad. Por lo que se evidencia un problema de reconocimiento en lo político, jurídico y moral, del modo en que las doctrinas comprensivas razonables, pueden autoorganizarse y autocomprenderse a sí mismas frente a las demás doctrinas, pueblos o comunidades, sin que por ello su modo de vida, necesariamente choque o entre en conflicto, con el modo de vida de los otros.

## UNA PROPUESTA ALTERNATIVA

Por tal razón, propongo abordar la situación desde la perspectiva de la pedagogía crítica de Peter McLaren con su idea de un *pluralismo crítico*, a través de la cual pretendo justificar tres ideas importantes: una, la de desplazar el problema del orden social a nivel o ético o político, a la *dimensión educativa*; dos, la idea de remplazar el paradigma de la racionalidad procedimental para la elección de unos principios de justicia, por el de la *narrativa de vida* de individuos de carne y hueso en sus *estados existenciales auténticos*, para el sano ejercicio de denunciar, reconocer y deconstruir los juegos de poder, los discursos de adoctrinamiento axiológico a través de la patraña argumentativa de la neutralidad, la universalidad y la homogenización, y los procesos de subjetivación ideológicos a través del acto educativo; tres, la idea de remplazar el constructo procedimental del consenso por un *pluralismo crítico* que promueva y genere el disenso social, cultural y político nutrido por el acontecer histórico.

El fundamento de la organización en la vida pública para la construcción de una sociedad justa, solo se puede hacer a través de la reflexión sistemática sobre el ámbito educativo, ya que en este espacio lo político- ideológico y ético-cultural convergen, para la reproducción de unos individuos, en calidad de subjetividades discursivas, al interior de unos juegos de poder Estatal.

La teoría política de Rawls bajo la hipótesis argumentativa procedimental del consenso entrecruzado, y la teoría ético-sociológica de Habermas abanderada por un consenso comunicativo entre individuos racionales en un proceso de interacción

intersubjetivo, pueden ser superadas a través de la noción y praxis educativa del pluralismo crítico planteado por el filósofo Peter McLaren en su texto *Pedagogía Crítica, Resistencia Cultural y la Producción del Deseo*<sup>1</sup>, a su vez, el sustrato epistemológico de denuncia se haya permeado por la filosofía histórica de Foucault, en el modo en que este concibe la sociedad en términos de relaciones entre *saber-juegos de poder, verdad-subjetividad* que se hacen manifiestos en prácticas discursivas precisas<sup>2</sup>.

Tal esfuerzo argumentativo y procedimental nace de una sospecha conceptual y epistemológica; a saber: que en la *República* de Platón en los libros II y II<sup>3</sup> están los presupuestos conceptuales necesarios para poder replantear la cuestión del orden social bajo el espectro ético-político de la justicia, pero al interior del paradigma de la reflexión sobre el acto educativo<sup>4</sup>. Sospecha que es plenamente compartida por la pedagogía crítica de Peter McLaren y que se haya sustentada por la importancia que estos dos autores le dan al acto educativo como un acto de problematización de la sociedad, ya que a través de este, cómo espacio de transformación social, convergen lo político-doctrinal y la ético-cultural en términos de: a) el ejercicio de la acción política al interior de las comunidades o doctrinas comprensivas razonables que cada estudiante profesa; b) los procesos ético-culturales que reproducen masivamente formas de vida, allende a procesos de reflexión constantes sobre las propias creencias, c) los espacios sociales que deberían promover la deliberación, la participación y la discusión sobre cómo ha de plantearse cada actor social, desde su propia cosmovisión, los principios de regulación del orden social, sin que primen los modos de vida de unos por encima de los otros.

- 
- 1 Es menester recordar que McLaren bebe de tres fuentes de pensamiento, a través de las cuales elabora su propuesta filosófico-pedagógica: el estructuralismo francés de Michael Foucault, la crítica social propia de Marx y renovada a través de la escuela crítica de Frankfurt y de la pedagogía crítica de Paulo Freire, Celestín Freinet, Henry Giroux entre otros.
  - 2 En este punto dos textos son esenciales en la comprensión que posee Foucault de la sociedad y que le sirven a McLaren de sustento epistemológico y cuyo planteamiento es adecuado en mi trabajo, para salirle al paso a las teorías del consenso contractual, se trata de los textos *Vigilar y Castigar*, y *Estética, ética y Hermenéutica*.
  - 3 Ver la *República* de Platón. Buenos Aires, Editorial Puigcerda. 1989.
  - 4 Recuérdese que el problema central de la República es la creación de una justicia social en la polis, sin embargo al avanzar acuciosamente en la lectura del texto, uno puede evidenciar varias cosas: una de ellas que el tema de la justicia es lentamente desplazado por las prácticas de injusticia social, esto más que una cuestión de incoherencia del autor obedece a su genio, ya que al hacer aparecer la injusticia como la práctica más realizada por los ciudadanos, nos hace caer en cuenta de que la evaluación de la justicia no se puede hacer simplemente desde el ejercicio de la reflexión política. En este punto es en donde interviene la segunda cuestión, introduce el problema de la injusticia social desde las prácticas educativas que llevan a cabo los pedagogos, sofistas y rectores en las escuelas, y que a su modo de ver son los que lentamente han deformado el modo de vida virtuoso que deberían tener los ciudadanos.

Por lo que, si queremos plantearnos la cuestión de la justicia social bajo el espectro de su alcance en el ámbito de la vida pública, para un espacio de convergencia social en las sociedades democráticas contemporáneas, caracterizadas por un pluralismo de doctrinas, habría que hacerlo a través de la reflexión constante de la importancia de definir el papel transformador de la educación en la sociedad. Para lo cual, propondría siguiendo a Platón y a McLaren la cuestión fundamental de trasladar la discusión sobre la justicia social en el ámbito de lo político, al acto educativo, en el ámbito de lo pedagógico. Ya que el acto educativo es el espacio de convergencia de lo ético-individual, lo político-estatal y las prácticas pedagógicas reales, que implican modelos precisos de enseñanza-aprendizaje, subjetividades discursivas propias de cada cosmovisión y microfísicas de poder al interior de planes curriculares y estructuras arquitectónicas dispuestas en espacios cerrados o abiertos para tal labor.

Ahora bien, si no se aborda el problema desde la idea que estoy presentando aquí de la mano de Platón y McLaren, bajo el piso conceptual de Foucault, se corre el riesgo de no poder conocer las condiciones reales del entramado conceptual en el que se mueven los individuos en calidad de actores sociales. Ello vedaría, sesgaría la observación objetiva que podríamos hacer de sus prácticas discursivas a través de las cuales podríamos saber mejor a qué tipo de justicia social es a la que se le está apuntando. Más aún, en oposición diametral a los constructos metodológicos del consenso entrecruzado (Rawls) y comunicativo (Habermas) plantearía la revisión del correcto orden social, para la obtención de una justicia política de alcance moral, a través de lo que McLaren denomina *Pluralismo Crítico* como una práctica real de discusión en el espacio académico, o en la esfera de la vida pública, para la denuncia de la opresión y los distintos mecanismos de poder, la liberación de las distintas formas económicas, políticas y culturales de alienación social, y la celebración de formas propias de ser, mundos de vida narrativamente estructurados y emotivamente compartidos.

En el libro II de la *República* de forma magistral Platón (1979) plantea que la cuestión del orden social correcto, para el sano alcance y ejercicio de la justicia, tiene que ver más con el modo en que se lleva a cabo la acción pedagógica dentro de la Polis, que con la reflexión procedimental del ejercicio normativo desde la esfera jurídico-política de cambio de normas o disposición de leyes para la consecución de una ciudadanía más justa. Ahora bien, recordemos que la polis griega, la ciudad de Atenas del siglo IV A.C, es el contexto cultural que está denunciando Platón. Espacio geo-político en el que se desconoce por completo cualquier forma de pluralismo ético, religioso o político, ya que los ciudadanos griegos poseían todos la misma *paideia* (educación cultural), y sin embargo, Platón haya que pese a que estos son educados bajo los mismos principios las prácticas de la injusticia

son frecuentes. Por lo que, ¿qué habremos de pensar en espacios geográficos donde cohabitan distintas doctrinas omnicomprensivas?

La educación seguirá siendo el mejor ámbito para abordar el tema de replantearse la justicia social en el espacio de la vida pública, porque es a través de ella que se llevan a cabo los procesos de adoctrinamiento político, ideologización ética e imposición cultural, en actores sociales que apenas empiezan a ser parte del entramado social, y que son los que finalmente reproducirán las formas estereotípicas aprendidas bien en la escuela (esfera pública) o bien en la casa (esfera privada). Lo que hace que su reflexión sea una reflexión por el principal espacio de convergencia de lo político-doctrinal, lo ético-cultural, y lo pedagógico-ideológico. Por ello, la importancia de reflexionar en el modo en que se está ejerciendo la acción educativa en las sociedades contemporáneas caracterizadas como abiertas, democráticas y pluralistas. Tal reflexión de Platón en la Atenas del siglo IV A.C es el mismo ejercicio reflexivo que la pedagogía crítica hace al interior de la sociedad norteamericana y Latinoamericana, bajo cuatro aspectos: el primero, tiene que ver con la cuestión de definir qué es en sí el acto educativo ¿un acto de opresión, manipulación, reproducción o instrucción, o todos a la vez?, es decir, se trata de reconocer su naturaleza, porque reconociéndola se pueden identificar las estructuras de poder y dominación coercitivo o placebo, que se manifiestan en una cultura hegemónica a través de prácticas discursivas racistas, sexistas, eurocentristas etc., y que se pueden estar interiorizando, a través de la escuela o la pedagogía del consumo, en los plexos de acción propios de cada cosmovisión o doctrina omnicomprensivo razonable. El segundo tiene que ver con la naturaleza de lo que se está enseñando ¿contenidos que reproduzcan la fuerza de trabajo?, ¿mecanismos de instrucción y reproducción de la información?, ¿competencias para la vida o el mercado?, el reconocimiento de este contenido epistemológico nos sirve para determinar el tipo de saber que reina en la praxis social, con independencia de la doctrina que se profese, pero que paralelamente la constriñe a la reproducción de ese saber y no a otro, lo que tiene como consecuencia formas patológicas y criminales de considerar lo otro, lo que escapa a la razón pura. El tercero, tiene que ver con el sujeto a quien está dirigido el acto educativo ¿hombre o mujer?, ¿niño, joven o adulto?, ¿empleado o empleador?, ¿profesional o lego? Cuestión que nos ayudará a determinar el tipo de subjetividad discursiva que se está construyendo o que se quiere, mejor, llegar a construir. Por último, la cuestión de definir la naturaleza del ideal de formación ¿qué intenta la sociedad construir? , es la cuestión más clara de todas ella, nos muestra la apuesta social por un tipo específico de subjetividad, de individualidad que se quiere producir y no otro. Pero no solo esto, sino que se la piensa en relación con la disposición que debe poseer ante la sociedad, y el saber técnico que debe poseer al servicio del Estado. Cada uno de los elementos aquí planteados nos ayuda

a determinar las acciones reales concretas que se deben a sumir para la transformación de un entramado sociopolítico y ético-cultural de dominación, exclusión y manipulación, en aras de replantearse la cuestión de lograr una justicia social más que en términos políticos o éticos, en términos existenciales reales.

Ahora bien, el pluralismo crítico como mecanismo de discusión real, es un espacio de deliberación efectivo que bien se puede dar en el aula de clase, o bien por fuera de este en espacios de convergencia etno-cultural e ideológicos cualesquiera: una iglesia de determinada confesión, una parroquia, un teatro, un coliseo, una casa comunal etc. Con el ánimo de realizar un proceso de discusión de mayor envergadura histórica, cultural y política. Donde lo racional es superado por las acciones narrativas vivenciales, existenciales, afectivas y emocionales. Discusión que gira en torno no de los principios del buen orden social para una sociedad justa, sino que parte de la revisión de las acciones sociales, culturales y políticas de injusticia que deben ser dichas, denunciadas, desenmascaradas para a partir de tal reconocimiento y ejercicio de catarsis histórico-cultural, encontrarse sobre la base del sufrimiento y el dolor, acaecido por la doble huella trágica: la huella afectiva de marginación, exclusión y adoctrinamiento ético, político y social, y la representación actual del hecho de ser hijos bastardos de procesos de adoctrinamiento y aculturación; pero con el ánimo de metamorfosear tal dolor, tal herida a través de un acto de creación conjunto de *nuevos nexos de sentido común*. Por ello, no se busca el consenso logrado a expensas de sus propias tragedias, cosmovisiones o ideas de bien, antes bien, de lo que se trata es de generar disensos frente a los procesos de homogenización, universalización y racionalización. Por este motivo, el procedimiento no parte de emisiones lingüísticas bien elaboradas a través de artilugios argumentativos, o de partir de constructos metodológicos procedimentales hipotéticos, sino que, este se presenta como un ejercicio de narración afectivo-vivencial de encuentro en la tragedia, el dolor y la exclusión, no para sentarse a llorar, sino para transformar tal situación en un potencial de reparación significativo a través de acciones creadoras y puntos de encuentro entre doctrinas que les permitan hacer una lectura conjunta de la realidad social, ética y política en la que se encuentran. Se trata de contar y denunciar la historia de dominación vivida, como acaecida o realizada, en pos del lugar que como actor social va a ocupar aquí y ahora en el ejercicio de encuentro intercultural, para la creación de nuevos nexos de sentido.

En síntesis, si logramos pensar la organización de la sociedad más en términos de reflexión crítica sobre el acto educativo, porque en este espacio es en donde se encuentran el ámbito ético y político, se podría establecer una acción correctiva, en término de creación de nuevos nexos de sentido, sobre las formas de opresión, dominio y exclusión históricas y contemporáneas, a las que se han visto, y se ven enfrentadas,

las doctrinas comprensivas con y por sus ideas de bien, en aras de poder pensar la justicia social en el ámbito de la vida pública. Pero antes habrá que hacer un ejercicio de emancipación de las condiciones actuales de educación que promueven prácticas subjetivas y discursos de poder alienados. Por ello, el pluralismo crítico se propone como una práctica de liberación, acción, denuncia y reparación, sobre la base de metamorfosar el trauma de la dominación, la exclusión y los procesos de aculturación a través de la creación de nuevos nexos de sentido en común.

## REFERENCIAS

- Ardoino, J. (1987). *Perspectiva política de la educación*, Madrid: Editorial Porrúa.
- Austin, L. (1982). *Cómo hacer cosas con palabras*, Barcelona: Editorial Paidós.
- Berlin, I. (1983). *¿Existe Aún la Teoría Política?*, Ciudad de México: Editorial Aguilar s.a.
- Bobbio, N. (1996). *La política en Norberto Bobbio*, Ciudad de México: Editorial Arte y fotografía s.a.
- Chatino, J. (1999). *Revista Internacional de Filosofía*. N° 14.
- Cepeda Rodríguez, J. (1999). *Revista Internacional de Filosofía*. N° 14.
- Habermas, J. (1999). *Teoría de la Acción Comunicativa I y II*, Madrid: Editorial Taurus.
- Habermas, J., Rawls, J. (1998). *Debate Sobre el Liberalismo Político*, Barcelona: Editorial Pano.
- Habermas, J. (1999). *Facticidad y Validez*, Barcelona: Editorial Pano.
- Juls, P., Legrand, L. (1999). *Grandes orientaciones de la pedagogía contemporánea*, Madrid: Editorial Narcea.
- MacIntyre, A. (1987). *Tras la Virtud*, Barcelona: Editorial Pano.
- Mead, G. (2006). *Espíritu, Persona y Sociedad*, Barcelona: Editorial Cisspraxis.
- McLaren, P. (1991). *Pedagogía crítica, resistencia cultural y producción del deseo*, Buenos Aires: Editorial Aique.
- Platón. (1979). *La República*, Madrid: Editorial Edaf.
- Rawls, J. (1971). *La Teoría de La Justicia*, Barcelona: Editorial Puigcerda.
- Rawls, J. (1996). *Liberalismo Político*, Bogotá: Editorial Fondo de Cultura Económica.
- Sartori, G. (1992). *Elementos de la Teoría Política*, Madrid: Editorial Alianza.





Título: Ambiente

Técnica: Acrílico sobre papel

Dimensión: 34 x 24 cm

## ***LA INCAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA EN COLOMBIA***

### ***CONCEPTOS DE LA DOCTRINA JURÍDICA EN MEDELLÍN 1887-1930\****

- \* El presente artículo es resultado de los proyectos de investigación “Una mirada histórica al derecho de propiedad en Colombia desde las políticas de género y las políticas de restitución de tierras” y “Análisis de derecho comparado sobre políticas de género en la propiedad de bienes inmuebles y sobre políticas de restitución de tierras”, financiados por la Universidad Eafit – Escuela de Derecho durante los años 2012 y 2013. Ambos proyectos están inscritos en la línea de investigación “Derecho, política, cultura e historia” del Grupo de Investigación “Derecho y Poder” de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit (Medellín – Colombia), bajo la dirección de María Virginia Gaviria Gil.

Fecha de recepción: septiembre 4 de 2013

Fecha de aprobación: octubre 18 de 2013

## LA INCAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA EN COLOMBIA CONCEPTOS DE LA DOCTRINA JURÍDICA EN MEDELLÍN 1887-1930

*Autores\*\*:*

*María Virginia Gaviria Gil*

*Laura Daniela Alzate Tobón*

*Camilo Espinal Arango*

*Diana Paola Gil Guzmán*

*José Jaime Posada Molina*

*Juan Pablo Restrepo Upegui*

### RESUMEN

El presente artículo tiene como objetivo examinar los conceptos planteados por los abogados de Medellín entre 1887 y 1930, sobre la potestad marital y la incapacidad civil de la mujer casada para administrar y disponer de sus propios bienes. Es una investigación de historia del derecho y de historia local, en la cual a partir de referencias sobre la construcción del derecho liberal en el siglo XIX en los Estados occidentales europeos y americanos, y especialmente en Colombia, y la situación de Medellín en el período objeto de estudio, se analiza la doctrina producida por los abogados de la ciudad sobre el tema elegido.

**Palabras clave:** Potestad marital, Incapacidad civil de la mujer casada, Historia del derecho, historia local, Doctrina.

### CIVIL INABILITY MARRIED WOMEN IN COLOMBIA CONCEPTS OF LEGAL DOCTRINE IN MEDELLIN 1887-1930

### ABSTRACT

This article aims to examine the concepts raised by lawyers of Medellín between 1887 and 1930, over marital authority and civil disability of married women to manage and dispose of their own property. It is a legal history research and local history, in which references from the construction of liberal law in the nineteenth century in European and American western states, and especially in Colombia, and the situation of Medellín in the period under study, we analyze the doctrine produced by the city attorneys on the chosen topic.

**Key words:** Marital power, Civil Incapacity of married women, Legal history, Local history, Doctrine.

---

\*\* Este artículo es una creación colectiva en la que participaron María Virginia Gaviria Gil y cinco estudiantes de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit (Medellín – Colombia), vinculados al Semillero de Investigación en Historia del Derecho y Derecho Comparado. María Virginia Gaviria Gil es abogada de la Universidad Pontificia Bolivariana (Medellín), Especialista en Derecho Administrativo de la misma universidad, Magister en Historia de la Universidad Nacional de Colombia – Sede Medellín; profesora e investigadora de la Escuela de Derecho de la Universidad Eafit (Medellín). Correo electrónico: mgaviria@eafit.edu.co. Los correos electrónicos de los estudiantes son los siguientes: Laura Daniela Alzate Tobón (lalzate9@eafit.edu.co), Camilo Espinal Arango (cespinal@eafit.edu.co), Diana Paola Gil Guzmán (dgilguz@eafit.edu.co), José Jaime Posada Molina (jposad11@eafit.edu.co), Juan Pablo Restrepo Upegui (jurest19@eafit.edu.co).

# LA INCAPACIDAD CIVIL DE LA MUJER CASADA EN COLOMBIA

## CONCEPTOS DE LA DOCTRINA JURÍDICA EN MEDELLÍN 1887-1930

### INTRODUCCIÓN

En la mayoría de los países occidentales se acepta actualmente la igualdad de hombres y mujeres ante las normas jurídicas, incluyendo un tema crucial: la capacidad civil para administrar y disponer de sus propios bienes. Esta situación ha sido el resultado de doscientos años de luchas y modificaciones en el derecho privado, generadas por unas codificaciones civiles que a principios del siglo XIX recogieron el derecho romano y germánico que subordinaba la mujer a la potestad del hombre. Motivados por el interés de conocer con más detalle estas luchas y cambios, el presente artículo se propuso como objetivo examinar los conceptos planteados por los abogados de Medellín entre 1887 y 1930 sobre la potestad marital, y específicamente sobre la incapacidad civil de la mujer casada para administrar y disponer de sus propios bienes.

Varios historiadores colombianos han desarrollado investigaciones sobre los derechos civiles y políticos de las mujeres durante los siglos XIX y XX (Dueñas, 2002, págs. 167-193; Bermúdez, 1986, págs. 97-116; Velásquez Toro, 1995, págs. 173-182; Velásquez Toro, 1995, págs. 183-203), pero no es frecuente que recurran a fuentes jurídicas, es decir a textos escritos por abogados donde se utiliza un lenguaje jurídico para defender o atacar las normas vigentes, y cuando lo hacen, generalmente se remiten a fuentes nacionales, no locales. El presente trabajo pretende suplir este vacío, utilizando como fuentes primarias los textos escritos por los abogados de Medellín entre 1887, cuando comienza la elaboración del nuevo derecho del Estado Unitario creado por la Carta Política de 1886, y 1930, fecha anterior a la expedición de la Ley 28 de 1932. Estas fuentes primarias están constituidas por publicaciones periódicas –revistas–, tesis de grado, y tratados de derecho escritos por abogados en el período ya mencionado, y que fueron localizados en algunos archivos históricos de la ciudad como la Sala Antioquia de la Biblioteca Pública Piloto, la Sala Patrimonial de la Universidad Eafit, y la Universidad de Antioquia,

plantel educativo que ha incluido en la página web de la Revista Estudios de Derecho, las publicaciones realizadas desde principios del siglo XX.

Se trata, por lo tanto, de un trabajo de historia del derecho que utiliza la metodología histórica a través del uso de las fuentes primarias ya citadas, complementadas con fuentes secundarias sobre el tema escogido. En materia de fuentes formales del derecho partimos obviamente de Constitución Política y la legislación existente en la época, pero buscamos profundizar en la doctrina o producción académica, con la cual pueden verificarse las interpretaciones que los abogados de Medellín hicieron de la ley emanada del poder legislativo.

Es además un trabajo de historia local, pues aunque tiene un marco normativo nacional –constitucional y legislativo– solo utiliza como fuentes primarias los conceptos publicados por los abogados de Medellín sobre la incapacidad civil de las mujeres casadas y por lo tanto, sobre la potestad marital.

La investigación está expuesta en tres partes: en la primera se hacen unas breves referencias a la construcción del derecho liberal en los siglos XIX y XX en los Estados occidentales y en Colombia, y especialmente a la creación de los códigos civiles que regularon los derechos civiles de la mujer, y la existencia de la potestad marital para las mujeres casadas. En la segunda hablaremos de Medellín y de la situación que presentaba la ciudad a finales del siglo XIX y principios del siglo XX. Posteriormente, en la tercera parte, abordaremos el análisis de los textos jurídicos encontrados sobre el tema, sean tratados, tesis, o artículos de revistas.

## **1. PRIMERA PARTE: EL DERECHO LIBERAL Y LOS CÓDIGOS CIVILES DE LOS SIGLOS XIX Y XX**

### **1.1. En los Estados occidentales**

Desde finales del siglo XVIII y hasta el siglo XX, la regulación jurídica de las mujeres fue objeto de numerosos cambios, por ejemplo en lo relacionado con la independencia respecto del marido, la libertad para decidir con quién casarse y cuándo divorciarse y, en general, sobre la superación de su incapacidad política y civil. Ya que esta última es el tema central de la investigación - la regulación de la incapacidad civil de la mujer casada en lo concerniente a la imposibilidad de administrar y disponer de sus propios bienes, y su recepción local por la comunidad jurídica – nos concentraremos en dicho asunto.

Como consecuencia de la Revolución francesa de 1789 y la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y el Ciudadano, las mujeres exigieron ser independientes

de sus maridos, autónomas en las decisiones sobre su vida marital, y posteriormente, poder elegir a sus gobernantes y aspirar a ostentar tal posición. Pero la legislación de los nuevos Estados liberales, y especialmente el Código Civil napoleónico de 1804 – fuente material de otros códigos europeos y americanos (Guzmán Brito, 2000, págs. 289-510), olvidaron estas aspiraciones y recogieron normativas romanas y germánicas que subordinaron a la mujer a la potestad del hombre, y le impidieron la independencia que ella buscaba, particularmente si la mujer estaba casada (Arnaud – Duc, 1993, págs. 91-127; Sledziewski, 1993, págs. 41-55). En efecto, eran las normas sobre matrimonio y potestad marital las que explicaban por qué las mujeres casadas, no las solteras o viudas, reclamaban la capacidad civil para administrar y disponer de sus propios bienes.

Durante los siglos XVIII y XIX encontramos varios filósofos y pensadores europeos que justificaron la existencia de la potestad marital que el marido ejercía sobre su mujer. Algunos defendieron la dependencia de la mujer del hombre (Crampe Casnabet, 1993, págs. 104-107), y otros se remitieron a una desigualdad natural (Sledziewski, 1993, pág. 45) entre el hombre y la mujer, desigualdad que causalmente se reflejaba en la situación jurídica de la mujer casada de manera exclusiva, y no en el de la soltera. Los argumentos anteriormente expuestos se usaron para mantener vigente la potestad marital sobre la mujer casada, según la cual el marido tenía la administración de los bienes en la sociedad conyugal, y la facultad de dirigir a la mujer y a sus hijos en asuntos familiares. La mujer casada no podía recurrir a la justicia, abrir una cuenta en el banco o disponer de sus propios bienes. En este último caso siempre debía contar con la autorización de su marido, excepto en algunas situaciones relacionadas con el ejercicio del comercio, especialmente en regiones industrializadas y que rápidamente incorporaron el trabajo femenino, caso de Inglaterra (Sineau, 1993, págs. 128-130).

La situación descrita fue característica de Europa continental – y especialmente de Francia -, América Latina y algunos Estados federados de los Estados Unidos de América como Luisiana o Nuevo México, donde el movimiento codificador recibió la influencia del derecho francés, y por lo tanto del romano y germánico. En estos territorios la autonomía de la mujer para administrar y disponer de sus propios bienes tuvo un reconocimiento más tardío, en parte porque su economía todavía estaba basada en la explotación de la tierra, y el proceso de industrialización no era tan fuerte como en Inglaterra. Adicionalmente, la justificación dada por los ideales católicos, la perfección atribuida al Código Civil napoleónico y al derecho romano en él recogido, e incluso los mismos ideales sentados a partir de la Revolución francesa, fueron utilizados para defender la posición inferior de la mujer en el derecho privado (Sineau, 1993, págs. 125-138).

En cambio en los países nórdicos y anglosajones la potestad marital desapareció con mayor rapidez. La mayoría protestante presente en ellos, la existencia de un sistema jurídico más concentrado en lo procedimental que en la regulación de asuntos de fondo, y la revolución industrial que generó la necesidad de una mayor mano de obra en las industrias urbanas – mano de obra mayoritariamente femenina durante la Primera Guerra Mundial-, son algunas de las causas que explican la diferencia con los Estados de tradición francesa y latina. En especial este último fenómeno fue importante para impulsar la capacidad civil de las mujeres, pues al aumentar la oferta de empleos para ellas, también creció el patrimonio que podían manejar. Es así como Noruega, Finlandia y Suecia le otorgan la capacidad civil a la mujer en 1918, 1919 y 1920, respectivamente. En el Reino Unido el fenómeno ocurre en 1882, y en Estados Unidos se comienza a dar capacidad en algunos Estados a finales del siglo XIX, y el proceso culmina a principios del siglo XX. En cambio en Francia solo se concede capacidad civil a las mujeres en 1938, en España en 1975 - recordar el régimen franquista, y en Portugal en 1976 (Sineau, 1993, pág. 127).

En América Latina también encontramos un panorama muy diverso. El primero en eliminar la potestad marital en el siglo XIX fue Costa Rica. En las primeras dos décadas del siglo XX fueron reformados en el mismo sentido los Códigos Civiles de México, Brasil, Cuba, El Salvador, Honduras y Nicaragua. En 1932 lo hizo Colombia, como se explicará más adelante. Algunos Estados permitieron a la mujer administrar sus propios bienes en la primera mitad del siglo XX, pero solo otorgaron la plena capacidad civil a la mujer casada en años posteriores: Argentina en 1968, Chile en 1979, Ecuador en 1970, y Perú en 1984. En los años cuarenta del siglo pasado abolieron la potestad marital Venezuela y Uruguay. Y los cambios más recientes se han producido en Bolivia en 1972, y en Guatemala en 1986. Sin embargo la igualdad de género en la administración y representación del hogar ha tenido cambios más lentos, y aún no se permite en algunas regiones del continente (Deere, 2000, págs. 57-67).

## **1.2. En Colombia**

Durante la colonia, el derecho privado fue regulado entre otras por la Legislación de Indias – mandatos especiales creados por España para sus colonias desde 1503 y recogidos en 1680 en la “Recopilación de leyes de los Reinos de Indias”, y de manera subsidiaria por el derecho español. Algunas de estas disposiciones continuaron vigentes con posterioridad a la independencia de la Nueva Granada, de acuerdo con lo estipulado por el artículo 188 de la Carta Política de 1821, siempre y cuando no se opusieran a dicho texto constitucional o a las normas legislativas expedidas por el Congreso (Uribe Vargas, 1985, pág. 835).

Entre 1822 y 1840 se formaron varias comisiones con la finalidad de elaborar una legislación civil para el país, inspirada en recientes códigos europeos como el francés, pero los proyectos nunca llegaron a feliz término. Para 1840 Andrés Bello estaba trabajando en la redacción de un Código Civil, proyecto de gran interés para el gobierno nacional que creó por tercera vez una comisión para que le ayudara. La comisión fue posteriormente disuelta, pero el tratadista continuó con su labor hasta 1852, y en 1855 su trabajo fue aprobado como ley nacional en Chile (Valencia Zea & Ortiz Monsalve, 2006, pág. 34).

Las cartas políticas de 1853 y 1858 profundizaron en la descentralización política y administrativa del Estado, y finalmente en 1863 se consagró el federalismo en los entonces denominados Estados Unidos de Colombia. Con base en la autonomía que el mismo les confería, algunos Estados federados acogieron el Código de Bello como su propia legislación civil. Posteriormente en 1873 se creó un Código Civil para la Unión Federal basado en el mismo modelo, el cual estuvo vigente hasta 1887, año en el cual como consecuencia del cambio constitucional de 1886 y la creación del nuevo Estado Unitario, se expidió la Ley 57 de 1887 sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional. El artículo primero de la ley determinó que “regirán en la República, noventa días después de la publicación de esta ley, con las adiciones y reformas de que ella trata, los códigos siguientes: el Civil de la Nación, sancionado el 26 de mayo de 1873”.

El nuevo Código Civil del Estado Unitario presentó las mismas contradicciones de los códigos civiles europeos con los principios liberales, pues defendió la subordinación de la mujer casada a su marido. Los artículos 176, 177 y 178 del Código Civil regularon la posición de la mujer en relación con su marido, indicando el primero que “el marido debe protección a la mujer y la mujer le debe obediencia al marido”; el segundo que la “potestad marital es el conjunto de derechos que la ley le reconoce al marido sobre los bienes y la persona de la mujer”; y el tercero que “el marido tiene derecho de obligar a la mujer a vivir con él y a acompañarlo a donde sea que trasladen su residencia”. Aun así, la influencia francesa era considerada benéfica para el estatuto de la mujer casada, pues la potestad marital ya no se entendía en beneficio del marido sino de la familia y de la sociedad en general, y a la mujer sí se le dotaba de personalidad jurídica, por lo tanto su incapacidad era solo relativa (Devis Echandía, 1943, pág. 203).

Las normas sobre la potestad marital y la incapacidad de la mujer casada continuaron vigentes hasta 1932. Solo hay un antecedente con la Ley 8° de 1922, que en su artículo primero otorgó a la mujer casada la administración – no la disposición -, de ciertos bienes, en los siguientes términos: “La mujer casada tendrá siempre la administración y el uso libres de los siguientes bienes: 1) Los determinados en capitulaciones

matrimoniales; 2) Los de su exclusivo uso personal, como son sus vestidos, ajuares, joyas e instrumentos de su profesión u oficio. De estos bienes no podrá disponer en ningún caso por sí solo uno de los cónyuges, cualquiera que sea su valor”.

Finalmente, la Ley 28 de 1932 estableció en su artículo primero que “durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiriera; pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación”<sup>1</sup>.

El proyecto de ley que buscó reconocer la capacidad civil a las mujeres fue liderado por Luis Felipe Latorre Uriza durante el gobierno de Enrique Olaya Herrera, primer presidente liberal después de la hegemonía conservadora vivida en el país desde 1886, y tomó como referentes las legislaciones de algunos Estados europeos como Hungría, Suecia, Islandia, Noruega y Dinamarca. El abogado civilista Latorre Uriza (Perry, 1944, págs. 119 y 120) defendió la capacidad civil de la mujer dentro del matrimonio, haciendo énfasis en la necesidad de un cambio de régimen que le permitiera a la mujer casada obtener la libertad e independencia para enajenar los bienes dentro del matrimonio, para obtener una repartición equitativa al momento de su disolución (Latorre, 1937, págs. 60, 68 y 69). Ello significa que la propuesta de Latorre Uriza no buscó suprimir la sociedad conyugal, sino considerarla una ficción que para efectos de la liquidación debía conservarse.

## **2. SEGUNDA PARTE: MEDELLÍN: CAMBIOS DEL SIGLO XIX AL SIGLO XX**

A finales del siglo XIX Medellín era una pequeña población rodeada de montañas, muy aislada de otras regiones antioqueñas y por lo tanto del resto del país. Su economía estaba principalmente basada en la minería y el comercio, este último con un nuevo auge por los cultivos de café que empezaban a generalizarse en el suroeste del departamento.

---

1 Es importante aclarar que la subordinación de la mujer al hombre continuó existiendo en otros temas diferentes a la administración y disposición de los bienes de la mujer, y solo desapareció con normas de finales del siglo XX como el Decreto 2820 de 1974, y las sentencias de constitucionalidad de la Corte Constitucional a partir de la Carta Política de 1991.

Con excepción de la abolición del federalismo, que afectaba los intereses políticos y económicos de las élites de la ciudad, el movimiento de la Regeneración liderado por Rafael Núñez y la aprobación de la Constitución Política de 1886 fueron bien recibidos en la ciudad. Lo mismo sucedió con el posterior concordato de 1887 celebrado entre el Estado y la Iglesia católica. En Medellín se sintió de inmediato la influencia religiosa en los asuntos educativos, y por lo tanto en la facultad de Jurisprudencia de la Universidad de Antioquia, único plantel educativo donde se formaban los abogados en la ciudad (Uribe de H, 1998, págs. 164-165).

A principios del siglo XX, una vez superada la Guerra de los Mil Días, Medellín empezó a mostrarse como una ciudad en crecimiento con un importante desarrollo económico basado en la actividad cafetera, las nacientes industrias textiles, y la mejoría en las vías de comunicación hacia el resto del país y hacia el exterior, con la construcción del Ferrocarril de Antioquia y la navegación por el Río Magdalena (Poveda Ramos, 1996, págs. 307-325; Restrepo, 1988, págs. 267-280). Como consecuencia de los avances en la economía antioqueña surgió una nueva generación de trabajadores, en la cual las mujeres tuvieron una amplia participación; las más conocidas María Cano, escritora y dirigente socialista, y Betsabé Espinosa, quien en 1922 lideró la primera huelga en el país en la Fábrica de Hilados y Tejidos de Bello (Saavedra, 1996, págs. 379-390; Archila Neira, 1996, págs. 399-408).

Pero la ciudad también cambiaba en otros aspectos. Desde finales del siglo XIX se fue haciendo evidente un avance en la vida cultural e intelectual de Medellín, con la formación de tertulias y la creación de publicaciones periódicas sobre los más variados asuntos. Algunas revistas tenían una especial dedicación a temas femeninos, por ejemplo Letras y Encajes. Otras buscaban un público más amplio en temas como literatura, poesía, arte, culinaria, costumbres sociales, análisis político, etc. Era el caso de El Montañés, Sábado, Alpha, Literatura y Arte, entre otras (Restrepo Arango, 2005, págs. 115-132; Escobar, 1988, págs. 511-516).

Lo anterior incidió en una mayor participación femenina en la vida cultural de la ciudad, a pesar de lo cual las publicaciones todavía mostraban una imagen tradicional de la mujer. Es el caso del artículo de José Montoya sobre feminismo publicado por El Montañés, en el cual, alrededor de una conversación de amigos sobre los derechos de las mujeres en América del Norte, un personaje llamado Federico manifiesta:

Emancipar a la mujer hasta hacerla igual al hombre –dijo Federico encarándose– no es enaltecerla, es degradarla; cada ser debe conservarse como lo hizo la naturaleza. Una mujer varonil, una mujer que abandona sus cualidades esenciales para asemejarse al hombre, me inspira náuseas y debe inspirárselas a todo el que tenga

calzones. ... Las mujeres no quieren que los hombres las emancipen, sino que las amen, que las esclavicen y que las aten con cadenas de besos (1898, pág. 194).

Unos años más tarde se encuentran conceptos similares en los escritos de J. H. – Jorge Edmund Herzig (Suiza 1887 –Medellín 1956)- sobre la cultura física de la mujer. Aunque inicialmente parece que el autor se limita a analizar asuntos fisiológicos debido a su trabajo como profesor de cultura física, en sus artículos hay reflexiones más profundas sobre el papel de la mujer en la sociedad. Para J. H. la mujer no tenía una función laboral en la colectividad, simplemente debía estar acorde con ciertos parámetros de belleza y cumplir con sus obligaciones como madre y ama de casa. En su opinión la mujer no carecía de capacidad de juicio, pero se la cedía al hombre para que este la utilizara en favor de ella, en la medida en que la mujer no la necesitaba para su vida cotidiana. Según sus palabras:

La mujer necesita aptitudes más concretas más bien que abstractas; y juicio para discernir en las cosas pequeñas, más bien que en las grandes: la buena dirección del hogar no le exige más (1922, pág. 922).

Más escasos eran los escritos que defendían la participación de la mujer en asuntos diferentes del hogar. En 1920 por ejemplo, Ignacio Duque se quejaba de la situación de las mujeres cuyos maridos habían quebrado económicamente, pues también perdían sus propios bienes. Para evitar esta situación recomendaba mejorar la educación de las mujeres en asuntos jurídicos, y propiciar la separación de bienes (1920, págs. 115-117). Un concepto similar fue expuesto por el abogado Alfonso Uribe en 1923, al afirmar que las autorizaciones judiciales para enajenar bienes de las mujeres se otorgaban con base en testimonios que acreditaban la necesidad del marido por estar atravesando problemas económicos. En su opinión, dichas autorizaciones solo debían ser aprobadas con fundamento en la necesidad de la mujer (1923, págs. 2113-2115).

### **3. TERCERA PARTE: CONCEPTOS JURÍDICOS DE LA DOCTRINA JURÍDICA EN MEDELLÍN**

En este capítulo pretendemos mostrar como la doctrina jurídica de Medellín justificó la existencia de la potestad marital sobre la mujer, o por el contrario abogó por su abolición. Para ello fueron analizados los escritos de cinco abogados de la ciudad, los dos primeros autores de tratados de derecho civil, y los tres últimos de trabajos o artículos donde hacen referencia a la incapacidad civil de la mujer casada.

### 3.1. Fernando Vélez

Una de las obras más importantes sobre el Código Civil colombiano ha sido, sin duda, el *Estudio sobre Derecho Civil Colombiano* de Fernando Vélez (Bello, Antioquia, 1847–Roma, Italia, 1935), publicado en el año 1898 y con una segunda edición en 1926. Este abogado antioqueño, uno de los más notables juristas colombianos de su época y quien además de tratadista fue profesor, diputado, representante a la Cámara y Gobernador del departamento (Castaño Zuluaga, 2002, págs. 17-27), se dio a la tarea de analizar y comentar las disposiciones del Código de manera minuciosa, logrando así un tratado que alcanza varios tomos de extensión. Como podrá observarse a continuación, en ambas ediciones se plasman los mismos conceptos sobre la potestad marital y la incapacidad civil de la mujer casada.

En lo atinente a la mujer y su incapacidad civil, son varias las disposiciones, principalmente enmarcadas en la institución del matrimonio, que son objeto de estudio por Fernando Vélez. Así pues, sobre el artículo 87, que originalmente consagraba “La mujer casada sigue el domicilio del marido”, sostiene el jurista que es no solo lógica sino conveniente, puesto que el matrimonio da al marido la representación de la mujer y de la sociedad conyugal. Además, dado que el principal fin del matrimonio es la procreación, es claro que los cónyuges deben vivir juntos y auxiliarse mutuamente, de lo cual se deduce “el derecho que tiene el marido para exigir de su mujer que lo siga a donde traslade su residencia” (1898, pág. 107; 1926, pág. 103).

En caso de que se diera el divorcio, el cual en aquella época no terminaba con el vínculo matrimonial, la mujer no tendría la libre disposición de sus bienes inmuebles; esto con el propósito de velar por los intereses de los hijos, ya que “como el divorcio puede cesar por voluntad de los cónyuges, y cesa generalmente, la ley en previsión de esto, y para evitar que la mujer movida por consideraciones que no sean las de conveniencia debido a sus disgustos domésticos, disponga ligeramente de sus inmuebles o los grave, ha creído oportuno presentar dificultades a esto para dar tiempo a la reflexión” (1898, pág. 152; 1926, pág. 147).

Respecto de las obligaciones de cada cónyuge, afirma Vélez que han sido fijadas por la ley teniendo en cuenta “la condición y destino especial de cada sexo” (1898, pág. 166; 1926, pág. 160). Así, la mujer debe obediencia al marido, mientras que el marido le debe protección, ya que es él quien “representa la fuerza y la aptitud para los negocios” (1898, pág. 167; 1926, pág. 161). En el caso de la obediencia, esta se exige de la mujer porque el matrimonio requiere unidad, para lo cual debe tener uno de los cónyuges la dirección de la familia, la cual pertenece al hombre debido a que “su modo de ser, o sus condiciones personales, indican que es el más propio para jefe de aquella” (1898, págs. 167-168; 1926, pág. 161). Y continúa

Fernando Vélez: “Así es que el Derecho moderno ya no reconoce la diferencia que el antiguo hacía entre la mujer y el hombre, considerando la primera inferior al segundo, y sometiéndola por lo mismo, a la arbitraria voluntad de éste. En la sociedad que se origina del matrimonio, son iguales el marido y la mujer, y solo la buena organización de aquella, que depende de la unidad de acción, impone a la esposa la obligación de obedecer” (1898, págs. 167-168; 1926, págs. 161-162).

De todo lo anterior se colige que para Fernando Vélez, la incapacidad de la mujer no encuentra su fundamento en que esta sea inferior al hombre, pues no hay ninguna diferencia entre un hombre y una mujer solteros respecto al ejercicio de los derechos civiles. Por el contrario, tal incapacidad tiene su razón en el matrimonio y la sociedad que con él se constituye, pues la dirección de esta requiere que el socio más apto tenga la dirección de los negocios. Asevera entonces que el hombre es generalmente el socio más competente dadas sus condiciones naturales (1898, pág. 170; 1926, pág. 164).

Sin embargo, tal justificación de la incapacidad se encuentra con impedimentos e inconsistencias que podrían calificarse de obvias, pues ¿cómo es posible que si la mujer y el hombre sean iguales, y esta igualdad sea “reconocida” por el derecho, tenga el hombre aptitudes, condiciones *naturales* que lo hagan más apto y competente para la administración de la sociedad conyugal?

A pesar de sus aseveraciones respecto al hombre como socio más competente para la administración de la sociedad conyugal, un año después de la publicación de la primera edición del tratado Fernando Vélez escribió un artículo para la Revista Forense donde se dirige a las mujeres casadas, con la finalidad de llamar su atención sobre la administración del patrimonio familiar en beneficio de la felicidad de sus hijos. Así, sin pretender incitar a las mujeres casadas a una fiscalización y vigilancia de las actividades de sus consortes, que comprometería la paz familiar, la intención de Fernando Vélez es llamar la atención de las mujeres sobre ciertos aspectos especiales y saber así si es pertinente tomar precauciones en beneficio de sus hijos, por ejemplo en la representación del marido, la enajenación e hipoteca de los inmuebles de la mujer y la separación de bienes (1899, págs. 105-110).

### 3.2. Antonio José Uribe

Otro de los autores antioqueños que escribió sobre la incapacidad civil de la mujer casada, fue Antonio José Uribe (Medellín, 1869 – Bogotá, 1942), jurista, diplomático y político colombiano. En compañía del francés Edmond Champeau, presentó en el año 1899 un primer tomo de cinco proyectados que conformarían un Tratado de Derecho Civil, el cual fue analizado para los efectos del presente artículo.

Inicialmente, pareciera que los autores están en contra de ciertas disposiciones que afectan especialmente a la mujer casada. Por ejemplo, cuando se refieren al tema del divorcio – que insistimos para aquella época no disolvía el vínculo matrimonial, al citar el art. 163, que inicialmente decía: “Si la mujer hubiere dado causa al divorcio por adulterio, perderá todo derecho a los gananciales, y el marido tendrá la administración y el usufructo de los bienes de ella, excepto aquellos que la mujer administre como cosa separada de bienes y los que adquiriera a cualquier título después del divorcio”, sostienen que esta es una disposición muy severa, y que puede constituir una verdadera confiscación para la mujer, pues pierde la administración y el usufructo de la porción de la fortuna común que ella ha contribuido a amasar, para que sea asignada al marido. No obstante, la alternativa contraria, es decir, que al marido se le prive de su parte de los bienes de la sociedad conyugal cuando es el causante del divorcio, no se encuentra estipulada (1899, pág. 224).

En cuanto al artículo 165, que consagraba en ese momento “La mujer divorciada administra con independencia del marido los bienes que ha sacado del poder de este, o que después del divorcio ha adquirido”, hay una disputa interpretativa respecto al alcance de esta disposición. Puede interpretarse como que la mujer es por completo independiente del marido en lo relativo a sus bienes, y la administración referida en este artículo incluye también los bienes inmuebles, posición compartida por los autores. La otra interpretación es que la mujer administra sus bienes, pero para la enajenación de los inmuebles necesita autorización del marido o, subsidiariamente, de un juez, según lo que se dispone para toda mujer casada, incluso la separada de bienes (1899, págs. 225-226).

Pero al hacer el análisis de las obligaciones y derechos entre los cónyuges, los autores defienden la incapacidad civil de la mujer casada. Al estudiar el artículo 176 inciso segundo, concluyen los autores que allí “aparece ya la superioridad que la ley concede al marido sobre la mujer” (1899, pág. 237). Afirman de igual manera los autores que la ley ha designado al marido como jefe del hogar, pero que “además se considera que el marido es designado por la naturaleza misma como jefe del hogar y no se permite estipulación en contrario” (1899, págs. 237-238). Consideran Champeau y Uribe que la prevalencia de la opinión de uno de los cónyuges sobre la del otro, permite la armonía de la sociedad conyugal, pues de lo contrario, ante cada divergencia habría que acudir al juez. Y es claro que el jefe de la sociedad debe ser el marido, quien por lo general es más fuerte que la mujer, y quien suministra casi siempre los recursos necesarios para la familia y se ocupa de los negocios que la favorecen. Con el solo hecho del matrimonio, sostienen los autores, la mujer habría convenido en designar al marido como jefe del hogar, tal como en una sociedad es elegido un socio para su dirección (1899, págs. 237-238).

En el aparte titulado “Fundamento de la incapacidad de la mujer casada”, justifican la incapacidad de la mujer casada no al hecho de “la fragilidad e inexperiencia de la mujer en general”, sino al de su matrimonio, pues “desde luego es evidente que las situaciones de hecho de la soltera y de la mujer casada son muy diversas. Los actos de la primera no le interesan sino a ella misma, mientras que los de la última interesan a la familia, al marido y a los hijos” (1899, pág. 242). En otras palabras, los actos de la mujer son de interés moral y pecuniario de la familia. Así, la inferioridad de la mujer, sostienen, es “una mera aplicación de la regla establecida en el inciso 2 del artículo 176: la mujer debe obediencia al marido” (1899, pág. 242).

El señor Champeau y el señor Uribe citan a Jacinto Chacón, comentador del Código de Chile, quien niega que los legisladores de su país hayan fundamentado la autoridad del marido en la incapacidad de la mujer. Según Chacón, la única base de esta incapacidad es el “principio económico de la unidad en la administración del patrimonio común, es decir, la autoridad del marido en cuanto a los bienes”, y añade, “el fundamento de la inhabilitación legal de la mujer, no es ni la incapacidad radical del sexo, ni la obediencia personal debida al marido, sino un principio de unidad y correcta administración de la sociedad conyugal” (1899, pág. 243). Así, para esta tesis, la potestad del marido sobre la persona de la mujer sería una consecuencia o efecto de su potestad marital sobre los bienes: “el señorío del marido sobre los bienes es la causa, la incapacidad de la mujer es un efecto de ese señorío” (1899, pág. 243).

Champeau y Uribe se apartan de la tesis sostenida por Chacón, pues para ellos la sola unidad en la administración de los bienes comunes no es suficiente fundamento para explicar todas las disposiciones del Código Civil relativas a la inhabilitación legal de la mujer casada. Si esto fuera cierto, la incapacidad de la mujer estaría reducida a los actos relacionados con la administración de la sociedad de bienes. Para Champeau y Uribe hay justificaciones adicionales: “la incapacidad legal de la mujer casada se funda no solamente en la autoridad del marido por lo que respecta a los intereses pecuniarios de la familia, sino también en su autoridad por lo tocante a los intereses morales de la misma, y no solo en su carácter de jefe y administrador de la sociedad de bienes, si que también en su calidad de jefe de la sociedad de personas” (1899, pág. 245).

### 3.3. Ricardo Uribe Escobar

Al finalizar sus estudios de Derecho en la Universidad de Antioquia, Ricardo Uribe Escobar (1892-1968) presentó como trabajo de grado la tesis titulada “Notas feministas”, en la cual analiza la posición de la mujer a través de la historia, así como la regulación civil, política y penal existente en el país sobre la misma.

Aunque en su posterior vida profesional Uribe Escobar fue reconocido como abogado, profesor y ensayista, y desempeñó importantes cargos como magistrado del Tribunal Superior de Antioquia y decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Antioquia, la presentación de la tesis del entonces estudiante causó una gran controversia al interior del claustro universitario, en gran parte motivada por la inconformidad de la Iglesia católica con su contenido (Uribe de H, 1998, págs. 264-267).

En su estudio sobre las mujeres, Uribe Escobar afirma que la supuesta inferioridad de las mujeres no es consecuencia de su naturaleza sino del medio en el que vive:

El desarrollo de las facultades intelectuales depende, principalmente, del medio en que el individuo se agita. Por eso puede decirse, sin temor alguno, que la general ausencia intelectual de la mujer es el natural fruto de su condición social. Abránsele todos los caminos del espíritu, concédale la ley, como al hombre, completa libertad de acción en su vida social, y la mujer será muy distinta de cómo ha sido (pág. 32).

En sus referencias a la legislación civil, el autor critica la potestad marital sobre la mujer casada, y a diferencia de los autores citados anteriormente, no encuentra justificación para que dicha institución continúe vigente:

“¿Motivos de protección? Pero, en realidad ¿es un motivo de protección lo que ha inspirado al legislador esta incapacidad de la mujer casada? ¿Es el temor de que la mujer sea engañada en todos los negocios que ejecute sin la cooperación de su marido? No. Esta razón es pueril. ¿Por qué, entonces, no se incapacita a la mujer soltera? Si está ella tan expuesta a la fraudulencia de los hombres, como la mujer casada, ¿por qué se le permite contraer toda clase de obligaciones y ejecutar toda clase de contratos?” (pág. 45).

Tampoco considera útiles las supuestas protecciones que el legislador estableció para las mujeres casadas. Por ejemplo, en su concepto nada vale la existencia de un listado de bienes que no forman parte del haber social pero que son administrados libremente por el marido, y que al disolverse la sociedad conyugal deben ser restituidos al cónyuge que los aportó, pues en la mayoría de los casos no se llega a la restitución por la desaparición del haber conyugal, motivada entre otras razones por despilfarro, malos negocios o fraudulencia del marido (pág. 41). Lo mismo sucede con la posibilidad de acordar capitulaciones matrimoniales entre los futuros cónyuges, para determinar, por ejemplo, que la mujer administrará una parte de sus bienes propios con independencia del marido. En su concepto son pocas las parejas que recurren a este documento, pues “los que van a contraer matrimonio no se preocupan, por lo general, de la cuestión económica” (pág. 43). La separación de bienes es otro remedio ineficaz, pues solo se concede por insolvencia o administración descuidada o fraudulenta del marido, es decir, cuando ya el daño está causado (pág. 43).

En conclusión, la propuesta del autor busca modificar el Código de manera que por el hecho del matrimonio no se constituya la comunidad de bienes entre los cónyuges. Así las cosas, cada uno de los cónyuges administrará libremente los bienes que aporte al matrimonio y los que durante la existencia del mismo adquiera. Si los cónyuges quieren tener comunidad de bienes, deberán pactarlo expresamente a través de las capitulaciones matrimoniales (págs. 41-49).

No deja de llamar la atención que en un trabajo que hace una defensa tan férrea de las mujeres, especialmente en lo relacionado con su protección legal, el autor consagre este tipo de reflexiones para justificar la entrada de la mujer al mercado laboral:

Por lo demás, el feminismo no pretende conquistar campo de acción en las tareas que demandan muy intenso trabajo cerebral. Pero en las labores manuales y de las fábricas, en los empleos del Gobierno, ferrocarriles, oficinas postales y telegráficas, administración, etc., etc., no se requiere mayor esfuerzo del espíritu. Por el contrario, son labores casi mecánicas que no solo no agitan la mentalidad sino que la aduermen. Ni se necesita para esta actividad algún esfuerzo físico que no podría prestar el organismo femenino. El funcionarismo – sobre todo en los puestos inferiores – es un ejercicio perfectamente compatible con el vigor intelectual y físico de la mujer actual. Y, dando a ella estos empleos, lograríase que las energías masculinas, que se atrofian hoy en el automatismo de las oficinas, se dedicaran a una labor más útil y más intensa, acorde con el actual desarrollo de la cerebralidad masculina. Además, para trabajar con una máquina y para ejecutar obras de mano, ninguna falta hace la fuerza muscular. Más se compadecen con estas obras la delicadeza y la habilidad. Y, todo el mundo sabe, como son de prodigiosas unas manos de mujer. No quiere el feminismo que todas las mujeres sean geniales, no lo que él pretende es que se les reconozca el derecho a ganarse la vida (pág. 34).

### 3.4. Leocadio Lotero

Leocadio Lotero era abogado, de filiación liberal, y cercano a Fidel Cano el fundador del periódico *El Espectador*. Escribió para varios periódicos de filiación liberal como *La Consigna* entre 1882 y 1883 y *La Poliantea* en 1896 (Latorre Mendoza, 2006, pág. 333). En 1908 la *Revista Jurídica* publicó su discurso de admisión a la *Sociedad Antioqueña de Jurisprudencia*, en el cual analizó la protección y tutela que la ley civil colombiana le otorgaba al poder judicial respecto de la mujer, protección y tutela que en su concepto no siempre era provechosa para ésta.

Aunque el aspecto central de su trabajo fue proponer la eliminación de la licencia judicial que debían solicitar la mujer y su marido para enajenar ciertos bienes de la primera, finalmente considera que con base en la equidad natural la mujer debería ser

libre para disponer de los bienes que le pertenecían exclusivamente. Pero mientras se llega a esta reforma, para la enajenación debería bastar el consentimiento de la mujer y la licencia del marido (pág. 407).

Al desarrollar el tema propuesto, Lotero defiende la educación y la cultura de la mujer, añora la igualdad que existe en otros Estados entre hombres y mujeres, y propone que una medida similar se apruebe en nuestro país. Considera que la instrucción femenina en el país no ha mejorado, pero las costumbres sociales sí le han hecho algunas concesiones: “Ya no priva como antes entre nosotros en todos los cerebros masculinos, sino en algunos solamente, la preocupación de que la mitad del género humano solo sirve para rezar, coser y criar hijos para el cielo. Ya se admite que la mujer puede ir también, con iniciativa propia, a la conquista del pan” (pág. 473).

Con relación al derecho colombiano, encuentra que una de las causas de la regulación existente en el país es la copia de instituciones romanas cuyas costumbres no estaban fundadas en la igualdad de géneros. Para Leocadio Lotero

los romanos se robaron a las sabinas, se las apropiaron como botín de guerra, y les aplicaron el derecho de conquista. Ese hecho fue la base del rapaz imperio que fundaron, e influyó en sus costumbres posteriores y en su legislación, origen de la nuestra. Nada de extraño tiene, pues, que nuestro Código Civil le confiera al hombre tantos derechos sobre la persona y los bienes de la mujer, tales como el de obligarla a seguirlo a donde quiera que él vaya; el de impedirle celebrar contratos ni desistir de ellos; perdonar deudas; aceptar ni repudiar donaciones, herencias o legados; adquirir nada por ningún título; enajenar, hipotecar, empeñar (pág. 475).

Y en cuanto a las diferencias entre la mujer casada y la soltera o viuda, resalta lo inútil e injustificado del trato jurídico que recibe la primera, simplemente por estar casada:

En cuanto a la ley sustantiva yo pregunto: ¿es justa? Tiene algún objeto prácticamente útil para la mujer, para el marido o conjuntamente para el matrimonio? Me atrevo, señores, a contestar rotundamente que no, porque si la ley le permite a la soltera y a la viuda mayores de edad adquirir bienes y disponer libremente de ellos, no hay motivo razonable para convertir esa libertad en prohibición en tratándose de la mujer casada. Una mujer soltera o viuda representa un solo criterio, y en un matrimonio hay dos, el de la mujer y el del marido. ¿De dónde puede sacarse que dé mayores probabilidades de acierto el cálculo de una mujer sola que el de una mujer y un hombre obrando acordes? (pág. 476).

### 3.5. Félix Betancourt Villegas

El abogado, profesor y humanista Félix Betancourt Villegas (1872-1948) fue uno de los mayores defensores de la capacidad civil de la mujer, y de la necesidad de un cambio dentro de la legislación colombiana. Consideraba que los legisladores colombianos debían reemplazar las disposiciones arcaicas que existían, pues no tenían sentido en la nueva organización de la familia (pág. 523). Sus ideas no fueron expuestas a través de los comentarios al articulado del Código Civil, sino como reflexiones de un humanista y filósofo sobre el tema.

Reconocía que la constitución de la familia debía establecerse conforme al contexto en el que se vivía, considerando que la ley se crea a partir de influencias de raza, medio y herencia. Por eso veía grandes diferencias entre la mujer de antes – la primitiva, y la actual, situación que ameritaba revisar las arcaicas disposiciones de la legislación civil.

Los argumentos expuestos por Félix Betancourt Villegas tienen una connotación histórica acerca del papel de la mujer en las antiguas civilizaciones, donde el matrimonio estaba basado en la fuerza y el poder, lo que explica el contenido de sus normas jurídicas, y cita como ejemplo la cultura aria, semita, indoeuropea y hebrea. Situación muy diferente se presentaba en Grecia, donde las mujeres no se veían como esclavas o seres serviles, y por ello recuerda los rasgos homéricos de la mujer en aquella época, donde se la veía como compañera del hombre, útil en el hogar, e intelectualmente igual al hombre.

Para Villegas Betancourt la organización de la familia ha cambiado, y en el siglo XX el autoritarismo del marido no tiene ningún sentido. Prueba de ello es la libertad que la mujer ha adquirido en países avanzados como Inglaterra o Estados Unidos de América. Por eso el matrimonio actual debe estar basado en los derechos de las mujeres; las costumbres han cambiado y la ley debe adaptarse a la movilidad de la sociedad.

## CONCLUSIONES

El derecho civil colombiano en el período objeto de estudio permitió la existencia de la potestad marital sobre la mujer casada, y como consecuencia de lo anterior, consagró la incapacidad civil de la mujer casada. En este sentido no se diferencia de otros ordenamientos jurídicos occidentales, europeos y americanos, que en el mismo período presentaban iguales contradicciones con los principios liberales defendidos en las décadas anteriores.

Tanto Fernando Vélez como Antonio José Uribe defendieron en sus tratados la existencia de la potestad marital y la incapacidad civil de la mujer casada. Ante la imposibilidad de justificar su defensa en la inferioridad de la mujer en relación con el hombre, recurrieron a nuevos argumentos como la búsqueda de la unidad en el matrimonio, el auxilio mutuo que se debían los cónyuges, la mayor fuerza y aptitud para los negocios del hombre, y la defensa y protección del marido, los hijos y la familia en el matrimonio. Argumentos que hoy parecen débiles pero que en su momento tuvieron una gran difusión, no solo en Medellín sino en todo el país, pues ambos tratados figuran entre las principales obras jurídicas del nuevo Estado unitario colombiano, y sus autores han sido considerados figuras principalísimas de la doctrina jurídica local y nacional.

Otros autores como Ricardo Uribe, Leocadio Lotero y Félix Betancourt muestran su desacuerdo con la existencia de la potestad marital sobre la mujer casada, algunos con fundamentos jurídicos y otros con estudios humanos y filosóficos. Pero su influencia a principios del siglo XX tuvo que ser menor, no solo por tratarse de artículos y no tratados extensos sobre el derecho civil, sino además porque su difusión fue más local y no nacional. Adicionalmente, recordemos que en el caso de la tesis de Ricardo Uribe, se presentó una fuerte oposición de la Iglesia católica que con seguridad dificultó su conocimiento en aquel entonces.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

### Fuentes primarias

- Betancourt, F (1908). El estado de la mujer en el matrimonio, *Revista Alpha*, 18, pp. 727-737.
- Betancourt, F (1908). Estado de la mujer en el matrimonio. *Revista Jurídica*, II (12), pp. 522-534.
- Betancourt, F (1909). Estado de la mujer en el matrimonio. *Revista Jurídica*, III (13), pp. 555-569.
- Betancourt, F (1909). Estado de la mujer en el matrimonio. *Revista Jurídica*, III (14 y 15), pp. 613-626.
- Champeau, E & Uribe, A. J. (1899). *Tratado de Derecho Civil colombiano. Tomo I*. París: Contant Laguerre.
- Devis Echandía, H (1943). Características esenciales del derecho civil moderno. *Revista Estudios de Derecho*, V (14), pp. 179-320.
- Duque, I (1920). Modo de defenderse de las mujeres casadas en la época actual. *Revista Colombia*, 5 (212), pp. 115-117.

- Herzig, J (1922). Cultura física de la mujer. *Revista Sábado*, I (76), pp. 920-922.
- Herzig, J (1922). Cultura física de la mujer. *Revista Sábado*, II (77), pp. 939-940.
- Herzig, J (1923). Cultura física de la mujer. *Revista Sábado*, III (86), pp. 1046-1047.
- Herzig, J (1923). Cultura física de la mujer. *Revista Sábado*, IV (87), pp. 1060.
- Herzig, J (1923). Cultura física de la mujer. *Revista Sábado*, V (93), pp. 1132.
- Herzig, J (1923). Cultura física de la mujer. *Revista Sábado*, VI (95), pp. 1140-1141.
- Latorre, L. F. (1937). *Doce leyes y otros trabajos parlamentarios*. Bogotá: Editorial Minerval.
- Latorre Mendoza, L (2006). *Historia e historias de Medellín*. Medellín: Biblioteca Básica de Medellín.
- Lotero, L (1908). Derechos de la mujer. *Revista Jurídica*, 10 y 11, pp. 470-478.
- Montoya, J (1898). Feminismo. *Revista El Montañés*, pp. 195 – 198.
- Uribe, A (1923). En defensa de la mujer casada. *Revista Estudios de Derecho*, IX (92), pp. 2113-2115.
- Uribe Escobar, R (1914). *Notas feministas. Tesis presentada y sostenida en la Universidad de Antioquia para recibir el grado de Doctor en Derecho y Ciencias Políticas*. Medellín: Tipografía Industrial.
- Vélez, F (1898). *Estudio sobre el derecho civil colombiano. Tomo I y II*. Medellín: Imprenta del Departamento.
- Vélez, F (1926). *Estudio sobre el derecho civil colombiano. Tomo I*. París: Imprenta París – América.
- Vélez, F (1899). A las mujeres casadas. *Revista Forense*, 1 (3), pp. 105-110.
- Vélez, F (1899). Del Código Civil. *Revista Forense*, 1 (11), pp. 410-415.

### Fuentes secundarias

- Archila Neira, M (1996). La organización de la clase obrera en Medellín, 1900-1930. En Melo, J. O (Editor). *Historia de Medellín. Tomo II* (pp. 399-408). Medellín: Compañía Suramericana de Seguros.
- Arnaud – Duc, N. (1993). Las contradicciones del derecho. En G. Duby, M. Perrot (Dir), *Historia de las Mujeres – Tomo 7: El siglo XIX: la ruptura política y los nuevos modelos sociales* (pp. 91-127). México: Taurus.
- Bermúdez, S. (1986). La mujer y la familia en América Latina: dos elementos claves para entender el mantenimiento de las jerarquías sociales, raciales y sexuales. 1850-1930. *Revista de Antropología*, II (1 y 2), 97-116.
- Castaño Zuluaga, L. O (2002). Fernando Vélez: una vida consagrada al estudio del derecho. *Revista Estudios de Derecho*, LX (135-6), pp. 17-27.

- Crampe Casnabet, M. (1993). Las mujeres en las obras filosóficas del siglo XVIII. En G. Duby, M. Perrot (Dir), *Historia de las Mujeres – Tomo 7: El siglo XIX: la ruptura política y los nuevos modelos sociales* (pp. 74-107). México: Taurus.
- Deere, C. D. & León, M (2000). *Género, propiedad y empoderamiento: Tierra, Estado y mercado en América Latina*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- Dueñas, G. (2002). Matrimonio y familia en la legislación liberal del siglo XIX. *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura*, 29, 167-193.
- Guzmán Brito, A. (2000). *La codificación civil en Iberoamérica siglos XIX y XX*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Sineau, M. (1993). Las mujeres en la ciudad: derechos de las mujeres y democracia. En G. Duby, M. Perrot (Dir), *Historia de las Mujeres – Tomo 10: El siglo XX – La nueva mujer* (pp. 125-153). Madrid: Taurus.
- Sledziewski, E. (1993). Revolución francesa – El giro. En G. Duby, M. Perrot (Dir), *Historia de las Mujeres – Tomo 7: El siglo XIX: la ruptura política y los nuevos modelos sociales* (pp. 41-55). México: Taurus.
- Escobar, M (1988). Las revistas culturales. En Melo, J. O (Director General). *Historia de Antioquia* (pp. 511-516). Medellín: Editorial Presencia Ltda.
- Perry, O (1944). *Quién es quién en Colombia?* Bogotá: Editorial Kelly.
- Poveda Ramos, G (1996). Industrialización y economía, 1890-1950. En Melo, J. O. (Editor). *Historia de Medellín. Tomo I* (pp. 307-325). Medellín: Compañía Suramericana de Seguros.
- Restrepo, M (1988). La historia de la industria antioqueña, 1880-1950. En Melo, J. O. (Director General). *Historia de Antioquia* (pp. 267-280). Medellín: Editorial Presencia Ltda.
- Restrepo Arango, M. L (2005). En busca de un ideal. Los intelectuales antioqueños en la formación de la vida cultural de una época, 1900-1915. *Revista Historia y Sociedad*, 11, pp. 115-132.
- Saavedra, M. C (1996). Tradición laboral y capacitación, 1900-1940. En Melo, J. O. (Editor). *Historia de Medellín. Tomo II* (pp. 379-390). Medellín: Compañía Suramericana de Seguros.
- Uribe de H, M. T. (1998). *La Universidad de Antioquia: historia y presencia*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Uribe Vargas, D (1985). *Las constituciones de Colombia. Volumen II*. Madrid: Ediciones Cultura Hispánica.
- Valencia Zea, A & Ortíz Monsalve, A (2006). *Derecho civil. Tomo I: Parte general y personas*. Bogotá: Temis.
- Velásquez Toro, M (1995). Aspectos de la condición jurídica de las mujeres. En Velásquez Toro, M (editora), Reyes Cárdenas, C (asesora), Rodríguez Jiménez, P (asesor). *Las mujeres en la historia de Colombia. Tomo I: Mujeres, historia y política* (pp. 173-182).

Bogotá: Consejería Presidencial para la Política Social – Presidencia de la República de Colombia – Grupo Editorial Norma.

Velásquez Toro, M (1995). La república liberal y la lucha por los derechos civiles y políticos de las mujeres. En Velásquez Toro, M (editora), Reyes Cárdenas, C (asesora), Rodríguez Jiménez, P (asesor). *Las mujeres en la historia de Colombia. Tomo I: Mujeres, historia y política* (pp. 183-203). Bogotá: Consejería Presidencial para la Política Social – Presidencia de la República de Colombia – Grupo Editorial Norma.



Título: Represa

Técnica: Acrílico sobre tela

***INFORME FINAL  
DE LA INVESTIGACIÓN:  
“PERTINENCIA E IMPACTO SOCIAL  
DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA:  
EL CASO DEL PROGRAMA  
DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD  
DE ANTIOQUIA 1992-2009”\****

\* Proyecto: Pertinencia e Impacto de la Investigación Jurídica: el caso del programa de derecho de la Universidad de Antioquia, 1992-2009, CODI, Acta No. 539 del 20 de enero de 2009. Participaron como co-investigadores: la profesora Olga Lucía Lopera Quiroz y el profesor Juan Camilo Herrera; las estudiantes Elvigia Cardona Zuleta, como estudiante en formación y Erika Franco Gómez, como joven investigadora y estudiante en formación.

Fecha de recepción: agosto 9 de 2013

Fecha de publicación: octubre 4 de 2013

# INFORME FINAL DE LA INVESTIGACIÓN: “PERTINENCIA E IMPACTO SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA: EL CASO DEL PROGRAMA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 1992-2009”

*Nora Alba Cossio Acevedo\*\**

## RESUMEN

La investigación “Pertinencia e impacto social de la investigación jurídica: el caso del programa de derecho de la Universidad de Antioquia 1992-2009” plantea como problema que en el programa de derecho aún no se ha hecho un análisis de la pertinencia y el impacto social producido con sus investigaciones, la importancia de esta indagación gira en torno a la evaluación de nuestros productos de investigación y a la identificación de los aportes sociales que se ligan a los mismos, es, además, una manera de evidenciar cómo han asumido los investigadores del programa de derecho su compromiso con la responsabilidad social y en esa medida descubrir qué beneficios tiene nuestra investigación en el medio académico y social. El desarrollo de esta investigación nos brinda, además, la posibilidad de diseñar una estrategia de gestión de la investigación que consulte la realidad social y que posibilite una mayor interrelación entre investigación-extensión, extensión-investigación. El contenido de este texto da cuenta en detalle de las fuentes consultadas, de la metodología empleada y de los resultados obtenidos en cada fase y finaliza con las recomendaciones para los investigadores y para la gestión de la investigación en el programa de derecho.

**Palabras clave:** Pertinencia, impacto social, impacto social de la investigación, investigación jurídica, agenda de investigación, planes de desarrollo e investigación, significados, investigación-extensión-investigación.

## PERTINENCE AND SOCIAL IMPACT OF THE LEGAL RESEARCH: THE LAW PROGRAM OF THE UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA CHASE

## ABSTRACT

The research: “Pertinence and social impact of the legal investigation: the program of law in University of Antioquia chase 1992-2009” brings like a problem that in the program of law still doesn’t make an analysis of the pertinence and the social impact of the legal investigation, the importance of this investigation tours around of the evaluation of our investigation products and the identification of the social input that tied to the results, it’s, also, a way to show how the researchers of the law program has been assumed their social responsibility compromise and which benefits has our research in the academic and social media. The research development bring us, the possibility to design one research management strategy which confront the social reality and enable more interrelation between investigation-extension, extension-investigation. The meaning of this text shows in detail all the consulted sources, of the employed methodology, the results of each phase and ends with recommendations to the researchers and the research management in the program of law.

**Key words:** Pertinence, social impact, research social impact, legal investigation, research schedule, development and research plans, meanings, research-extension-investigation.

---

\*\* Investigadora principal del proyecto. Abogada y Magister en Derecho con énfasis en Investigación de la U. de A., Coordinadora área de investigación del programa Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas U. de A. Investigadora del Grupo Derecho y Sociedad. Correo: albacossio58gmail.com, teléfono 2195866

# **INFORME FINAL DE LA INVESTIGACIÓN: “PERTINENCIA E IMPACTO SOCIAL DE LA INVESTIGACIÓN JURÍDICA: EL CASO DEL PROGRAMA DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA 1992-2009”**

## **INTRODUCCIÓN**

El interrogante planteado en la investigación es ¿cómo han sido la pertinencia y el impacto social de las investigaciones jurídicas del programa de Derecho de la Universidad de Antioquia realizadas entre 1992-2009? Este estudio se realizó con apoyo en el enfoque teórico-metodológico del interaccionismo simbólico y está estructurado en los siguientes acápite: i) introducción, ii) diseño metodológico; iii) Itinerario metodológico, que muestra las fases diseñadas, las fuentes consultadas y los resultados obtenidos en cada uno de estos momentos; iv) conclusiones; y v) recomendaciones.

Cuando conocimos el texto de la ley 1286 de 2009<sup>1</sup> pensamos que era necesario revisar nuestras investigaciones, porque dentro de los objetivos específicos de esta norma se consagra “(...) 1. fortalecer una cultura basada en la generación, la apropiación y la divulgación del conocimiento y la investigación científica, el desarrollo tecnológico, la innovación y el aprendizaje permanentes (...)”, en el objetivo específico No. 3. Se lee “Incorporar la ciencia, la tecnología y la innovación, como ejes transversales de la política económica y social del país”; el artículo 6, numeral 4. Consagra “Articular y enriquecer la investigación, el desarrollo científico, tecnológico y la innovación con el sector privado, en especial con el sector productivo (...)”, y en el artículo 18. No. 6. Propone “Procurar el desarrollo de la capacidad de comprensión, valoración, generación y uso del conocimiento, en especial, de la ciencia, la tecnología y la innovación, en las instituciones, sectores y regiones de la sociedad colombiana”; cada uno de los términos de los artículos y numerales transcritos, nos generaron diversas inquietudes, fundamentalmente, el hecho de que tuviéramos que pensar nuestra actividad investigativa más que como

---

1 Por la cual se modifica la ley 29 de 1990, se transforma a Colciencias en Departamento Administrativo, se fortalece el Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación en Colombia y se dictan otras disposiciones. El objetivo general de esta norma consagra “(...) fortalecer el Sistema Nacional de Ciencia y Tecnología y a Colciencias para lograr un modelo productivo, sustentado en la ciencia, la tecnología y la innovación, para darle un valor agregado a los productos y servicios de nuestra economía y propiciar el desarrollo productivo y una nueva industria nacional”

un quehacer académico como una acción que debe orientarse a: i) al cumplimiento de los objetivos estratégicos planteados en los planes de desarrollo regional, departamental y nacional, ii) en la necesidad de asociarnos con el sector privado, en especial con el sector productivo, para hacer investigación, iii) en la apropiación social del conocimiento; iv) en lo que significaba la innovación en el derecho; v) pero fundamentalmente, nos preocupó el uso del conocimiento.

Con fundamento en estas inquietudes surgió esta investigación, cuyo resultado le exige a los investigadores y al programa de derecho, un giro en su cotidianidad y la creación de unas condiciones académicas, administrativas y presupuestales, para el mejoramiento de su agenda de investigación de manera que esta se articule a lo social. Es indiscutible que la ciencia debe estudiar y resolver problemas, es decir, debe orientarse al desarrollo social, cultural y económico.

Es por ello que la política de investigación hoy es una política pública y la tendencia en investigación es que sea un instrumento de la política gubernamental porque la ciencia y la educación superior, vienen siendo consideradas como un factor productivo, como el trabajo y el capital, en la búsqueda del crecimiento económico (Elzina & Jaminson, citados por Albornoz, pág. 28).

Para el investigador del programa de derecho implica repensar su actividad ya que las instituciones que financian investigación no tienen interés en promover investigaciones que tengan solo un interés académico o curricular, pues esta debe atender demandas sociales, en concreto, se habla del mejoramiento de la calidad de vida, de la generación de productos y del diseño de políticas públicas.

Indudablemente la investigación del Programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, ha tenido más cercanía con los problemas teóricos, no obstante, tenemos que resaltar que a partir de la investigación que hemos desarrollado en el período 1992-2009<sup>2</sup> hemos formado un capital científico visible en (formación metodológica, vocación para la investigación, cultivo del saber jurídico, autoridad académica en algunos temas, equipos de trabajo, semilleros, rutinas investigativas, grupos de investigación, artículos de revista, socializaciones – en una palabra hemos logrado “cultura de la investigación y para la investigación”), es decir, hemos gestado conocimiento necesario para la academia.

Con respecto a los temas sociales, estos han estado presentes en nuestra investigación pero con resultados poco visibles en programas para las comunidades, en modelos de intervención, en política pública o en estrategias de gestión del conocimiento. Esto quiere decir, que para los investigadores del programa la pregunta por el impacto social

---

2 Véase la matriz de proyectos.

de nuestra investigación no ha sido una preocupación evidente ni constante, prueba de ello es que no contamos con un perfil y unos indicadores propios para la medición del impacto de la investigación jurídica, estos aún están por diseñar e implementar<sup>3</sup>.

### **El Diseño Metodológico**

Se trata de una investigación cualitativa por varias razones, porque i) buscamos obtener una visión a profundidad de los intereses y compromisos que han guiado la investigación en el programa de derecho, consultando prioritariamente el punto de vista de los investigadores y lo que indican sus objetos de estudio; ii) pretendimos establecer cómo estos intereses y compromisos han incidido en la configuración de los objetos de estudio, en las formas de asumir la investigación y en la creación de dinámicas de investigación (producción intelectual, formación, vínculos, relaciones); iii) nos preguntamos por el uso académico y social de los resultados de la investigación del programa de derecho; iv) porque quisimos entender la manera como los investigadores del programa de derecho comprenden y le otorgan significados a la investigación, ya que estos significados afectan los compromisos sociales que debe reportar dicha actividad; v) todo esto, nos conduciría a determinar si la pertinencia y el impacto social están asociados a los intereses e intenciones de los investigadores del programa y si reconocen la importancia de lo social en la investigación.

El enfoque teórico-metodológico empleado para la construcción de los datos, su lectura e interpretación, es el Interaccionismo simbólico propuesto por George Mead (1863-1931) y Blumer (1900-1987), porque este enfoque indaga sobre los “significados” que construyen los individuos a medida que interactúan con otros, por eso fue necesario leer uno a uno cada proyecto para analizar la acción individual y formarse una visión de conjunto para analizar la acción colectiva, porque una y otra se determinan.

### **Itinerario metodológico y fuentes de la investigación**

*“Investigar es un actividad social, que en tanto práctica, conduce a valorar la investigación social como relación social y la influencia de este rasgo en la formulación de las interpretaciones que se realizan”. (Scribano, 2000).*

**En la primera fase.** Inicialmente diseñamos un sistema categorial básico y realizamos una investigación documental en torno a las categorías fundamentales:

---

3 Recomendamos la lectura de Elvigia Cardona Zuleta, titulado: Reflexión en Torno a los indicadores de impacto social en la investigación jurídica y sociojurídica.

pertinencia, impacto e impacto social, la tarea consistía en ubicar los conceptos y relacionarlos, porque como indica David Bravo (2010: p.38) los conceptos dan vida a las acciones humanas y estos son portadores activos de contenidos semánticos que expresan los conflictos o contradicciones por los que está pasando una sociedad; en esta investigación asumimos que los conceptos nos indican qué valor le damos a lo que hacemos y qué relaciones significativas construimos. Exploramos en fuentes bibliográficas de distintas áreas del conocimiento y en muchos de los documentos teníamos que inferir el concepto porque el autor no lo hacía explícito. Encontramos que son dos conceptos elásticos y con frecuencia en las definiciones había puntos comunes entre ellos. A continuación se citan algunas de estas conceptualizaciones.

Para Luis Enrique Orozco (2002), la pertinencia es la “capacidad que tiene una institución o un sistema de educación de satisfacer las demandas externas” (pág. 2), significa que la institución ejerce una función social del conocimiento al servicio de la sociedad.

La pertinencia es “la adecuación entre lo que la sociedad espera de las instituciones y lo que estas hacen” (UNESCO, 1998). En concreto, la pertinencia tiene que ver con lo que debe estudiarse en un contexto y en una época determinados, es conocimiento significativo; relevante y adecuado.

La pertinencia surge entre el conocimiento que produce la investigación y su articulación al currículo, a la política de investigación, a las demandas del entorno sociocultural, se trata de “una correspondencia entre conocimiento y contexto sociopolítico que le da sentido” (David Bravo 2010: pág. 37).

La pertinencia exige: i) la formación de sujetos capaces de producir conocimiento, gestionarlo y criticarlo; ii) que el conocimiento y el saber circulen, requiere entonces la generación, difusión y uso del conocimiento; iii) es esencial y relevante el conocimiento sobre lo social, incluyendo nuestra propia realidad, requiere que interactúen contenido, contexto y posibilidades del campo (Ramírez Benavides, pág. 54).

### **El impacto social reclama formas más prácticas de hacer investigación social**

Francois Vallaey (2008), indica que hablar de impacto es hacerse una pregunta por la gestión responsable e implica situar a la Universidad en la Sociedad y establecer la transformación del saber hacia la sociedad, así como las relaciones con la comunidad.

Rodríguez Batista (2005) ve el impacto como el cambio o transformación de lo existente por algo superior con capacidad para producir mejoramiento; este autor

enfatisa en que el impacto es la respuesta a necesidades fundamentales, por eso es una medida de los logros de la actividad de investigación dentro de la comunidad científica y sobre la sociedad.

El impacto social tiene que ver directamente con el aporte que hace la investigación al cambio social al transferirle a la sociedad conocimiento útil, es decir, se trata de entregar las experiencias, y los conocimientos construidos para generar vínculos entre las actividades de investigación y otros campos de la dinámica social.

**En la Fase N.º 2.** Nos concentramos en explorar el “corpus de las investigaciones inscritas en el Centro de Investigaciones Jurídicas, realizadas en el período 1992-2009”; construimos una matriz con los proyectos, que complementamos en algunos casos con los datos de los artículos de las revistas, con el archivo de la sección de Microfilmación de la Universidad de Antioquia y con los datos suministrados por los investigadores. La matriz siguió el esquema de la ficha técnica esto es: título, datos de inscripción, investigadores, finalización, tipo de convocatoria, financiación, términos de referencia, planteamiento del problema, justificación, población, objetivos, resultados o propuestas y observaciones. De 59 proyectos que componían el corpus, analizamos 50 (muchos sin información completa), los 9 restantes no pudimos reconstruirlos porque corresponden a los proyectos inscritos en el período 1992-1994.

La lectura de los proyectos se hizo con los siguientes criterios: 1) alusión expresa del investigador a la pertinencia y al impacto social o prioridades del investigador; 2) gestión organizacional de la investigación, en cuanto a información disponible sobre las investigaciones, resultados y seguimiento a sus productos; 3) circulación del conocimiento derivado de los productos en el contexto académico, visible en cursos, programas de extensión solidaria y no solidaria para la comunidad académica, socializaciones, artículos; 4) circulación del conocimiento derivado de los productos en el contexto social, cursos, programas de extensión solidaria y no solidaria para las comunidades, instituciones públicas y privadas, socializaciones.

Con estos datos logramos un inventario de productos de formación (semilleros, grupos de investigación, consolidación de los grupos, objetos de estudio, artículos, auxiliares de investigación y estudiantes en formación que actualmente son docentes del programa), pero nos dimos cuenta que no podíamos hacer propiamente una evaluación de las acciones emprendidas por los investigadores a partir de los resultados de sus proyectos; tampoco era posible valorar los vínculos de los investigadores con actores externos a la universidad y mucho menos medir la disponibilidad pública y uso de los productos de la investigación (pues deseábamos saber en qué universidades o instituciones nos leían, cómo nos evaluaban, para qué les habían servido nuestros artículos), porque necesitábamos tener “indicadores de impacto”.

La siguiente búsqueda que emprendimos fue determinar qué es un indicador de impacto, tipos de indicadores de impacto (indicadores de participación social responsable, de gestión del conocimiento, de pertinencia, de uso social del conocimiento, de transferencia tecnológica, de actividad científica, de calidad intrínseca del programa), las diferencias entre indicadores de impacto cualitativos y cuantitativos, cómo se diseñaban y qué juicios críticos conducían estos enfoques (burocratización, comercialización o instrumentalización de la investigación). Seleccionamos varios autores para armar el soporte teórico sobre indicadores de impacto. Entre los más destacados consultamos a José Luis Villaveces, Ernesto Fernández Polcuch, Mario Albornoz, Jorge Charum.

**En la Fase N.º 3.** Revisamos los planes de desarrollo nacionales de los periodos (1990-1994 La Revolución Pacífica; 1994-1998 El Salto Social; 1998-2002 Cambio para Construir La Paz; 1992-2006 Hacia un Estado Comunitario; 2006-2010 Estado Comunitario: Desarrollo para Todos), en perspectiva macro, para determinar cómo estaba trazada la política de Ciencia y Tecnología con respecto a las responsabilidades sociales que se le han endilgado a la investigación; posteriormente revisamos las convocatorias temáticas del período 2002-2009, sus temas y propósitos en clave de pertinencia e impacto y la participación de la Facultad en estas convocatorias<sup>4</sup>. También estudiamos puntualmente la Ley 1286 de 2009 para determinar cómo debían proceder los investigadores del programa de derecho y, por supuesto, la

4 **Convocatoria temática 2002**, CODI acta 373 del 17 de mayo de 2002, Tema: El Desarrollo de Antioquia, énfasis del área de Ciencias Sociales y Humanas: Región, Cultura y Procesos de Cambio; **Convocatoria temática 2003**, CODI 399 del 23 de octubre de 2003, Tema: El Desarrollo de Antioquia, énfasis área de Ciencias Sociales y Humanas: Región, Cultura y Procesos de Cambio. **Convocatoria Temática 2005**, CODI 438 del 19 de julio de 2005, Tema: Marco General Planes de Desarrollo del Departamento y del Municipio 2004-2007, énfasis del área de Ciencias Sociales y Humanas: Región, Cultura y Procesos de Cambio. **Convocatoria Temática 2006**, CODI acta 460 del 13 de septiembre de 2006, se enmarcó en las siguientes líneas estratégicas: Plan de Desarrollo de Antioquia, Línea Estratégica 1. Integrar y articular territorialmente a Antioquia; Línea Estratégica 2. Promoción del cambio para un desarrollo humano integral, equitativo y sostenible; Línea Estratégica 3. Revitalización de la Economía Antioqueña; Línea Estratégica 4. Construcción de Tejido Social; Línea Estratégica 5. Convivencia y Paz incluyente y participativa; Plan de Desarrollo de Medellín 2004-2007, los temas están relacionados con las líneas estratégicas de este plan: Línea Estratégica 1. Medellín Gobernable y Participativa; Línea Estratégica 2. Medellín Social e incluyente; Línea Estratégica 3. Medellín un espacio para el encuentro ciudadano; Línea Estratégica 4. Medellín Productiva, Competitiva y Solidaria; Línea Estratégica 5. Medellín integrada con la región y con el mundo. **Convocatoria Temática 2008**, CODI acta 528 del 9 de septiembre de 2008, Tema son los de las líneas estratégicas, Plan de Desarrollo de Antioquia “Antioquia para Todos” – Manos a la Obra: Desarrollo Político, Desarrollo Social, Desarrollo Económico, Desarrollo Territorial, Desarrollo Institucional; Plan de Desarrollo de Medellín 2008-2011 Medellín es Solidaria y Competitiva, sus líneas son: Desarrollo y Bienestar para toda la población, Desarrollo Económico e Innovación; Hábitat y Medio Ambiente para la gente; Ciudad con proyección regional y global; Institucionalidad Democrática y participación Ciudadana. **Convocatoria Temática 2009** Ciencia, Tecnología e Innovación en la Universidad de Antioquia, Medellín y Antioquia CODI 559 del 8 de septiembre de 2009 1ª versión y CODI 569 del 9 de febrero de 2010, 2ª versión.

administración para estar a tono con los lineamientos y objetivos que traza esta norma y que posiciones críticas debían asumirse. Posteriormente, revisamos los Planes de Desarrollo de la Universidad de Antioquia de los periodos 1996-2006; 2006-2016, para revisar estrategias de pertinencia e impacto social<sup>5</sup>.

El resultado de esta fase nos permitió reconocer que los planes de desarrollo han relacionado el impacto social con desarrollo social, económico y cultural, con la apropiación social del conocimiento, con la popularización del saber y con la responsabilidad social<sup>6</sup>. Un recorrido por los planes así lo evidencia:

El plan de desarrollo 1990-1994 reconoce la “responsabilidad social” del Estado en campos como la educación, la salud y el agua potable; establece la incorporación del conocimiento a los procesos productivos; el propósito central de la política de investigación era el mejoramiento del nivel de salud de la población, promover la formación del recurso humano para la investigación, y se establecieron mecanismos para la consolidación de “comunidades científicas”. (DANE, 2012).

En el plan de Desarrollo del período 1994-1998, el eje fue la “política social” para promover la Educación y el Empleo como aspectos vitales para alcanzar desarrollo económico y social. Este plan formuló la integración de la ciencia y la tecnología a los diversos sectores productivos, comerciales y de servicios; la estrategia fundamental son los “mecanismos de asociación” a partir de tres programas 1) formación de recurso humano para la investigación y el desarrollo tecnológico; 2) creación y consolidación de centros de investigación; 3) integración a las redes y programas internacionales de investigación y desarrollo tecnológico. También se propuso el desarrollo de redes de innovación que le brinden apoyo a las empresas a través de la investigación así como la interacción con universidades mediante alianzas estratégicas. También se direccionó al mejoramiento de la investigación orientada a dinamizar procesos de cambio social y el desarrollo de una cultura política participativa y se pusieron en marcha los programas de “popularización de la ciencia y la tecnología”. De manera muy concreta establecía que el país requería “una educación superior con vocación investigativa” (capítulo 5). (DANE, 2012)

En el Plan de Desarrollo 1998-2002, se postulan la Ciencia y la Tecnología como ejes del desarrollo; se proyecta el fomento, creación apoyo a la investigación artística, cultural y en salud; este plan se orienta a la creación de la “sociedad del

---

5 Este informe puede leerse en el informe de investigación de la estudiante Érika Franco Gómez, titulado: Análisis de la pertinencia de la investigación en el programa de derecho de la Universidad de Antioquia, en el marco de los planes de desarrollo.

6 Estos conceptos se analizan en el documento: Investigación Asociada: lineamientos para la construcción de la política de investigación del programa de derecho de la Universidad de Antioquia.

conocimiento”, también establece que la Educación Superior debe generar con la investigación, la docencia y la extensión un horizonte de formación en lo superior, es decir, propone la articulación de las tres funciones misionales de la Universidad de Antioquia de manera que contribuyan al desarrollo y a la solución de las necesidades del país, con apoyo en la asociación de diversos actores institucionales públicos y privados (DANE, 2012).

Plan de Desarrollo 2002-2006: se consagra la promoción, el fortalecimiento y el estímulo a la ciencia, la tecnología y la innovación en áreas estratégicas así como la “apropiación social de la ciencia y la tecnología”, concretamente se refiere a la capacidad para la generación, transferencia y “apropiación de conocimiento” para el logro del bienestar social, la producción de riqueza y la inserción en el mercado mundial. Se estipula la investigación conjunta y articulada en temáticas complejas y prioritarias para el país con participación interinstitucional, intersectorial e internacional (con universidades, empresas, centros, grupos, redes) con esquemas de asociación mixta, que contribuyan a la consolidación de “comunidad científica” y al avance de la investigación básica y aplicada. También se menciona la creación de mecanismos para fomentar la demanda de conocimiento por parte de los distintos sectores de la sociedad y el Estado Colombiano. (DANE, 2012).

Plan de Desarrollo 2006-2010: Se consagra el fomento a la innovación y al desarrollo tecnológico para la competitividad; se debe fomentar la “generación de conocimiento” y la “inteligencia competitiva”, así como la articulación entre el sector educativo y el sector productivo; aparecen las oficinas de transferencia de los resultados de la investigación y la innovación es presentada como un “bien público” destinado a generar transformaciones sociales, organizacionales y empresariales. Promoción y desarrollo científico y tecnológico “para aportar a la solución de problemas sociales críticos”. (DANE, 2012)

**En la Fase N.º 4.** Rediseñamos el sistema categorial y a partir de él elaboramos el protocolo de las preguntas para las entrevistas semi-estructuradas con el fin de indagar cómo entendían y qué significado le han dado los investigadores del programa de derecho a la pertinencia y al impacto social; quisimos saber si consideraban que su investigación había sido pertinente y había generado impacto; se interrogaba sobre la cercanía de los objetos y temas de investigación con las políticas planteadas en los planes de desarrollo de la región y del país; buscamos que nos dieran testimonio acerca de sus experiencias más significativas construidas y vividas con los productos de sus investigaciones (en los cursos, en prácticas, visible en reglamentos, en procesos de formación); indagamos sobre las relaciones consolidadas con otras áreas de conocimiento de nuestro propio programa, o con investigadores de otras dependencias o de otras instituciones; quisimos

saber si los investigadores consideraban que habían hecho aportes desde sus investigaciones a la resolución de problemas sociales (visible en la evaluación o participación en el diseño de políticas públicas, gestión del desarrollo social del municipio o del departamento). Indagamos por la gestión de la investigación y producción de vínculos (redes) y posicionamiento social del programa; también se profundizó en la relación investigación y sus usuarios.

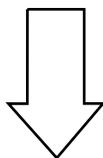
En esta fase fue de gran apoyo la mediación dialéctica que surgió de la reflexión individual y grupal, y de los consensos y disensos establecidos con el grupo de investigación en nuestras reuniones periódicas. Estas entrevistas las realizamos con 14 investigadores, las transliteramos y luego realizamos codificación abierta (para la creación de categorías emergentes y códigos in vivo).

**El resultado de esta fase nos permitió determinar cuatro tendencias en la investigación del programa de derecho:**

**El primer período que va de 1992 a finales del año 1998:**

Que se caracterizó por la presencia de un investigador con plena libertad en la elección de sus objetos de estudio; libertad que estaba ligada a su razón de ser como académico (tal vez en algunos casos ligada a la vanidad intelectual); este libre albedrío también estaba relacionado con su elección por el ejercicio de la docencia o de la actividad investigativa. La investigación en este período (donde prevaleció la autonomía y el auto-gobierno en investigación) se caracterizó por:

- Objetos de estudio que se definían por el interés del investigador y su área de conocimiento.
- La investigación estuvo más vinculada con problemas teóricos que con problemas sociales, es decir, se desarrolló fundamentalmente la investigación básica.
- La investigación en este período produjo conocimiento necesario para la academia.
- Dos términos pueden definir este período:



**Saber hermético**

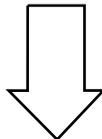
**El segundo momento que va de 1999 a finales de 2008:**

En la Universidad de Antioquia las políticas y planes de desarrollo ya hacen parte de la planeación de la investigación, sin embargo, en el programa de derecho estas no definieron los contenidos ni la estructura de la investigación.

La investigación en este período se caracteriza por:

- La participación del programa en 2 convocatorias temáticas (de un total de 8) con dos proyectos en la temática 2003 titulados: “Resolución de Conflictos a propósito de la Conciliación en el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” y “La Lucha contra la corrupción en Colombia. Construcción de un marco teórico para la comprensión de su genealogía”; y con un proyecto en la temática 2006 titulado: “Políticas Públicas de Cultura: un rasgo de la relación entre miedos y esperanzas, el caso del municipio de Bello 1998-2006”
- El investigador sigue concediéndole prioridad a sus intereses académicos en la elección de sus objetos de estudio.
- Empieza a dársele importancia a la interacción o diálogo entre sujeto investigador y sujetos conocidos o investigados.

En concreto:



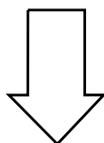
**El investigador no se pregunta por la utilidad de su saber para la comunidad o para la sociedad**

**El tercer período es el año 2009:**

Se promulga la ley 1286 de 2009 denominada nueva ley de ciencia, tecnología e innovación, los investigadores empiezan a analizar de manera crítica el discurso de la Ley, sin embargo, cabe resaltar que pensamos que el discurso de los planes de desarrollo frente a la ciencia ha sido el mismo, lo que han variado son los énfasis que cada gobierno ha establecido de acuerdo a las coyunturas por las que ha atravesado el país. No obstante empieza a pensarse de manera enfática en la relevancia social de la investigación, en los beneficios sociales, en la política social.

Los cambios que introduce la Ley caracterizan la investigación de este período por:

- La necesidad de consultar los planes de desarrollo para planear la investigación
- Pensar en objetos de estudio para participar más activamente en las convocatorias temáticas
- Los investigadores empiezan a ver como estratégico -pensar en las regiones y sus problemas-
- A los investigadores les incomoda que la investigación se planee desde afuera “porque la planea el gobierno”
- Los investigadores empiezan a pensar en producir saber para la comunidad y con suma dificultad piensan en las alianzas con otros investigadores de la universidad, pero siguen mirando con recelo las alianzas que propone la Ley con el sector privado.



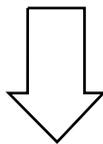
### **Investigación en armonía con planes de desarrollo**

#### **El cuarto período es el año 2010 hasta la fecha:**

Se genera una ruptura con el sistema de investigación tradicional porque los investigadores empiezan a pensar en el diseño de áreas prioritarias para la investigación jurídica; en los discursos del entorno sobre internacionalización de la investigación, en la denominada investigación estratégica, en lo que debe hacerse para formular investigación para la Innovación y el Desarrollo Tecnológico; se empiezan a generar cambios en las temáticas de investigación (a pesar de las incomodidades que genera el sistema en algunos investigadores por los sistemas de medición nuevos), porque aparecen de manera puntual los criterios de interés social y desarrollo económico. El investigador en este período piensa en la investigación como:

- La oportunidad para alcanzar innovación y desarrollos tecnológicos (pero sigue dudando de que pensar así sea pertinente para el programa).
- Estima que la investigación adquiere un valor estratégico porque la planea el empresario, el industrial o el político.

- La investigación debe desarrollarse en asocio con otras instituciones o redes para reunir – recursos- y alcanzar esquemas competitivos frente a otros grupos de investigación.
- Los investigadores consideran que el programa requiere una política científica y tecnológica clara, comprometida con el desarrollo y la evaluación de los beneficios sociales sin que comprometa el sentido académico de la investigación.
- Algunos investigadores creen que hoy la investigación debe pensarse no solo como una actividad académica sino como una actividad económica, mientras que otros investigadores sostienen que debe conservar su carácter académico (intelectual).
- En concreto surgen los siguientes cuestionamientos:



**¿Qué debemos investigar?, ¿para quién?, ¿qué saberes debemos producir?**

**¿Cómo fortalecemos la relación Universidad-Empresa-Estado?**

**¿Investigación = desarrollo económico? ¿Investigación = ejercicio intelectual?**

En este momento, y como dice Rodríguez Batista (2005) el conocimiento científico es un valor estratégico (p.77), debemos discutir entonces la construcción de una agenda de investigación que concilie los diferentes puntos de vista de los investigadores.

La pregunta obligada es ¿Qué vamos a entender por investigación estratégica?, ¿Qué condiciones debemos crear para que nuestra investigación sea estratégica? Es de suma importancia que desarrollemos procesos de investigación desde diferentes perspectivas: investigación básica, investigación asociada a prácticas académicas y currículo, a problemas del contexto; puesto que algunos investigadores quieren asumir la investigación como un instrumento de la política gubernamental, mientras que otros investigadores la asumen como parte del quehacer universitario y como una fase (de fundamentación y planeación) dentro del proceso en el que participan otros actores.

Lo anterior, se resume en que debemos favorecer distintas formas de investigación, esto es, la investigación clásica y segura y la innovadora, riesgosa y en prospectiva.

**En la Fase N.º 5.** Procedimos a hacer análisis global de los datos cruzando la información proveniente de los textos, las entrevistas, las actas de las reuniones, las fichas de contenido y organizamos la estructura del informe final y los temas en que profundizaría cada miembro del grupo, de la siguiente manera: significados de la pertinencia y el impacto para los investigadores del programa de derecho; reflexión en torno a los indicadores y su relación con la Responsabilidad Social; la importancia del trabajo en red; la relación investigación extensión – extensión investigación; la investigación en clave de impacto social: lectura de los planes de desarrollo de Antioquia y Medellín.

**En la Fase N.º 6.** Procedimos con la escritura de informes parciales de investigación que fueron socializados en eventos académicos nacionales e internacionales<sup>7</sup>.

**La Fase N.º 7.** Construimos el informe final de investigación y la propuesta académica titulada: Investigación Asociada: “Lineamientos para la construcción de la política de investigación del programa de derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U. de A”.

## CONCLUSIONES

Al finalizar la investigación determinamos que los investigadores del programa asumen **la pertinencia** y el **impacto social** como dos términos inseparables por la correspondencia que debe darse entre investigar lo que se debe investigar y usar los resultados más allá del ámbito académico.

Consideramos importante que la pertinencia se relacione con el **capital científico** entendido este como las acumulaciones y aprendizajes alcanzados con la investigación realizada en el período 1992-2009 y que se asocian a: formación en investigación, producción intelectual (libros, capítulos de libros y artículos), socializaciones, acumulación de saberes teóricos y metodológicos, creación de

---

7 La primera presentada en el mes de mayo de 2012 en el V Encuentro Regional Nodo Antioquia de la Red Socio Jurídica de la Ponencia titulada: “Pertinencia e Impacto Social de la Investigación Jurídica: el caso del programa de Derecho 1992-2009 – Avance de investigación”; presentación de esta misma ponencia en el XII Encuentro Nacional de la Red Socio-jurídica realizado en Santa Marta en octubre de 2012.

Presentación de Ponencia titulada: “Significados de la Pertinencia y el Impacto Social de la Investigación Jurídica en el Programa de Derecho de La Universidad de Antioquia en el Marco de la Ley 1286 De 2009”, en el Congreso Internacional de Enseñanza e Investigación en Derecho, realizado en la Universidad Autónoma Latinoamericana en septiembre de 2013.

La Publicación del artículo que titulado: “Significados de la Pertinencia y el Impacto en docentes del programa de derecho”, en la Revista Ratio IURIS de la Universidad Autónoma Latinoamericana.

programas de postgrado a nivel de especializaciones, la maestría y la proyección que existe de creación de un doctorado en Derecho; también tiene que ver con el establecimiento de relaciones de colaboración para consecución de becas, cursos, pasantías para estudiantes y docentes, reconocimientos y distinciones para los investigadores y para la institución, así como la generación de mejores prácticas y el fortalecimiento de las áreas del saber.

Mientras que el **impacto social** es importante que lo asocien a los logros y uso de los resultados y productos de la investigación, que buscan producir un impacto directo sobre el bienestar de la sociedad; corresponde a la presencia social de la Universidad; tiene plena correspondencia con la investigación que resuelve problemas de manera concreta y posibilita el mejoramiento de la calidad de vida; esto implica una lógica de acción diferenciada a nivel macro, meso y micro. Hablar de impacto social tiene que ver con la investigación para la solución de problemas y en consecuencia, se verifica en función del desarrollo socio-económico y cultural.

De manera enfática podemos responder, que las investigaciones realizadas en el período 1992-2009 han sido pertinentes, porque los investigadores han contribuido a la construcción de **un capital científico visible en** (formación de recurso humano en investigación<sup>8</sup>, formación metodológica, vocación para la investigación, cultivo del saber jurídico, autoridad académica en algunos temas, equipos de trabajo, semilleros, rutinas investigativas, grupos de investigación, producción intelectual – en una palabra hemos logrado “cultura de la investigación y para la investigación”), es decir, hemos gestado conocimiento necesario para la academia.

Sin embargo, el corpus de las investigaciones (1992-2009) no refleja una orientación positiva hacia la solución de problemáticas sociales<sup>9</sup>. Los investigadores deben generar más espacios de interlocución con los resultados de las investigaciones entre un área y otra u otras, esto implica más formación de “comunidad académica” para lograr trabajo interdisciplinario, que nos permita incrementar nuestro saber (los docentes lo denominan “enriquecer nuestro repertorio”). Se resalta que esto se ha dificultado porque algunos de nuestros docentes declaran conocer poco de las investigaciones de los otros investigadores del programa.

---

8 En 22 de los proyectos revisados se formaron 59 estudiantes, en los demás proyectos faltaba el dato correspondiente.

9 Recomendamos revisar el artículo de Nora Alba Cossio Acevedo, titulado “Significados de la pertinencia y el impacto social de la investigación jurídica del Programa de Derecho de la Universidad de Antioquia en el marco de la ley 1286 de 2009” en el que se hace una relación y un breve análisis de los objetos de estudio de las investigaciones 1992-2009

Falta el desarrollo de investigaciones aplicadas (los docentes dicen que es necesario: “que la investigación sirva para algo”, por ejemplo: enseñar a diseñar proyectos productivos para las comunidades rurales). Se resalta que aún se sigue discutiendo sobre la forma en que se hace investigación en el programa de derecho y las distintas representaciones que se tienen sobre ella.

Nos falta más gestión del conocimiento con los resultados de investigación y los productos de investigación (corroboramos que los investigadores del programa no conocen los resultados de las investigaciones de otros docentes de la facultad), para generar un efecto multiplicador con otros resultados, además la investigación del programa de derecho no puede seguir girando solo en relación a la producción de un artículo de revista para mostrar cómo se hizo la investigación, se trata de que los investigadores empiecen a hablar de investigación de impacto y a pensar en los usos de los resultados de la investigación.

Debemos combinar el uso académico o funcional de la investigación con el uso social de la misma, esto quiere decir, en primer lugar, que debe seguir siendo el medio que posibilita la formación en investigación para estudiantes y docentes, la producción intelectual y el cambio curricular; en segundo lugar, debe servir de medio para la elaboración de diagnósticos, circulación de conocimiento que posibilite apropiación social del saber.

La investigación debe responder a los temas estratégicos (minería, administración de justicia, corrupción, conflicto, postconflicto, justicia transicional, pobreza, seguridad alimentaria, etc.) que requieren la región y el país, pero deben generarse espacios de estudio de los planes de desarrollo regional, departamental y nacional, y su armonización con la política de investigación del programa de derecho.

El programa ha establecido pocas alianzas y convenios para investigar con otras universidades de la región, del país y de América Latina, los investigadores reportaron solo dos investigaciones a una que realizaron con la Universidad de Medellín y con la Universidad Pontificia Bolivariana y otra con la Universidad Eafit.

Se trata de que el investigador piense cómo puede contribuir (si se trata de evaluar, visibilizar, diseñar, crear o programar) para planificar con sentido social la investigación, de manera que los investigadores del programa de derecho se conviertan en actores y líderes en la formulación de proyectos, diagnósticos, asesorías y consultorías. Es fundamental que las investigaciones del programa de derecho presionen la elaboración y la evaluación de políticas públicas, más allá de su valor instrumental ya que se trata de tomarnos en serio “un giro hacia la apertura” puesto que hemos construido unas prácticas investigación completamente egocéntricas, donde ha sido primordialmente -el interés del evaluador- el que ha gestado los objetos de estudio.

El programa de derecho tiene una política de investigación -no formulada aún en un texto-, la cual debe diseñarse como un “sistema”, que le permita no solo gestionar y administrar la investigación sino evaluar sus resultados e impactos a corto, mediano y largo plazo, a partir de un conjunto de criterios y acciones explícitas, donde articule criterios de pertinencia y calidad, con criterios de impacto social y prioridades de la política de ciencia, tecnología e innovación. ¿Por qué debe diseñarse? Porque no podemos ignorar que estamos ante un nuevo modelo de producción de conocimiento. Siguiendo a Albornoz (2005) es necesario que los investigadores reflexionen sobre lo siguiente:

El nuevo modelo de producción del conocimiento está construido por redes en las que intervienen actores heterogéneos y se basa en lo multidisciplinar (...) la producción del conocimiento deriva de su aplicación práctica y no de la constitución de un nuevo campo disciplinado. En esta situación, el problema del consenso disciplinario no está completamente ausente, pero queda relativizado por nuevas necesidades de validación y legitimación del conocimiento en el plano social y también político (pág. 53)

Ese sistema debe funcionar como un “modelo organizado”, que propone una relación más estrecha entre investigación – políticas – temas de investigación e impacto, así como relaciones institucionales con los actores sociales y procesos de difusión del conocimiento (Albornoz, pág. 57).

Esta política se debe orientar a plantear explícitamente una reflexión sistemática sobre cuáles serían los temas y problemas que en la actualidad requieren atención prioritaria y que ameritan estudios a profundidad; posibilita que empecemos a pensar en la transferencia de los productos de conocimiento al sector judicial, empresarial o intercambios de teoría-tecnología-saberes prácticos y en la interacción y cooperación, entre actores de la investigación (institución-investigadores) con los usuarios sociales de la investigación (por lo pronto con usuarios-académicos, porque nos falta armonizar investigación-extensión, extensión-investigación como un trabajo en doble vía).

Tenemos debilidad en vínculos con actores sociales, organizaciones gubernamentales y no gubernamentales, porque el investigador del programa de derecho hace esfuerzos muy individuales para establecer contactos y relaciones con instituciones públicas y privadas (que resultan ser ocasionales).

La ley 1286 de 2009 le da a la política de investigación un carácter de política pública y, aunque no abandona su carácter académico-, hoy se orienta hacia objetivos estratégicos, reconduce intereses políticos, implica más intervención estatal, ya que este invierte recursos materiales e intelectuales. El hecho de que los planes de desarrollo se ligen a la política científica, nos obliga a formular y planear la

investigación atendiendo a los lineamientos que trazan estos planes porque hoy son un marco de acciones y fuente de obligatoria consulta.

El diseño de una agenda de investigación para el programa de derecho debe proyectarse a posibilitar que sus investigaciones tengan impacto social, esto implica hacer esfuerzos por realizar trabajo más allá de lo teórico y tener claros los compromisos políticos y sociales que debe mostrar la investigación.

Es muy importante que los investigadores del programa de derecho se concienticen de que la investigación ha hecho parte del quehacer académico regular, y que la Universidad y el programa han respetado la dinámica que ha asumido cada investigador, sin embargo, la situación hoy es distinta, la investigación se asume como una actividad estratégica porque la agenda de investigación es lo que necesita el conglomerado social, y que esto no implica la pérdida de su naturaleza como una actividad para la generación nuevos conocimientos. Si los temas de investigación recurrentes señalados por los docentes investigadores son: Un sistema de justicia local, la seguridad alimentaria y el desarrollo humano, la minería, la restitución de tierras, la reforma a la justicia, los conflictos (de todo orden), estas investigaciones deben hacerse entre las distintas áreas del saber.

Los investigadores del programa de derecho deben pensar que estamos investigando en un mundo globalizado y del investigador depende que “la política científica esté al servicio de una élite o de sectores más amplios de la población” (Albornoz, 2005: pág. 34). Resulta bastante claro que a los investigadores les preocupa los condicionamientos que les impongan el gobierno y ante todo sentirse políticos o simples replicadores del gobernante de turno (Ruiz Jaramillo, 2012).

El investigador debe elegir los temas de investigación de acuerdo a las problemáticas sociales (coyunturas) y por eso requiere un conocimiento amplio del entorno, ya que la actividad investigativa debe incidir en la resolución de los problemas sociales, económicos y culturales. También debe poseer sensibilidad intercultural y ante todo debe cambiar su actitud y cuestionarse si su investigación ha hecho o hará aportes a nivel social, cultural y el carácter aplicativo de los mismos.

Los investigadores del programa de derecho deben involucrarse más con las comunidades que investiga y/o para las que investiga (administración de justicia, desplazados, población carcelaria) como una condición ética de la investigación para aportar a la resolución y al tratamiento de los problemas que investiga.

Los investigadores del programa de derecho no deben dudar de la necesidad de establecer alianzas y vínculos con la administración de justicia; con la administración municipal; con organizaciones sociales, para elaborar diagnósticos (sociales) para su agenda de investigación y para tener una visión holística de lo social; estos

diagnósticos deben ser la principal fuente de información para el diseño de los indicadores y de las propuestas de investigación aplicada, y sin duda le implican tener más compromiso con el trabajo de campo como una forma de acercarse más a múltiples realidades.

Los investigadores del programa de derecho deben hacer la transferencia del saber (de manera aplicativa o creando conciencia social) porque es una forma de validar y legitimar en el plano social el conocimiento que se produce, y están obligados a pensar que su investigación debe tener una utilidad más allá de lo académico, principalmente porque el investigador no solo debe formular problemas sino generar soluciones.

Los investigadores del programa de derecho deben formular propuestas para el diseño de políticas públicas, su reto principal como investigadores es entender la investigación como un aporte social a las comunidades y no solo como un instrumento de formación académica, por ello tendrán que interrogarse continuamente acerca de ¿qué capacidad de respuesta ha tenido su investigación frente a las necesidades, demandas sociales y económicas de su entorno? y esto les exige cambiar la mentalidad sobre la forma de concebir y hacer la investigación.

Queda claro que el programa de derecho no ha definido indicadores de impacto propios simplemente porque no ha sido una preocupación de sus investigadores ni de la administración y por supuesto, tampoco del programa, ni de la política de investigación institucional (los productos de nuevo conocimiento que solicitó el CODI durante el período 1992-2009 fueron productos académicos tales como: publicación de artículos de revista, publicación de la investigación terminada, proyectos de investigación para darle continuidad a la línea, introducción de los resultados en los cursos, socializaciones y la suscripción del acta).

A los investigadores solo les preocupó cumplir cabalmente con los compromisos obligatorios y opcionales que exigieron las convocatorias, y lo que deben hacer es diseñar y ejecutar sus propios compromisos, porque los resultados deben ir más allá de textos, actas, memorias y artículos de revista o socializaciones y atender a los distintos beneficios que aporta la investigación.

Los investigadores deben establecer relaciones estratégicas con la empresa, con otros investigadores, con otros grupos, con otros actores sociales, con movimientos sociales y con organismos gubernamentales, así podrán mostrar la "utilidad de la investigación", visible en: consultorías, programas, participación e intervención calificada y cualificada en cursos de capacitación, intercambios, alianzas, deberá desarrollar uniones y consorcios.

Esto significa que los investigadores del programa de derecho deben pasar de un nivel endógeno a un nivel regional, nacional e internacional en investigación; lo

paradójico es que eso implica que la investigación se desarrolle prioritariamente en las regiones, y en estas sedes no hay docentes asignados de tiempo completo para labores de investigación, quienes imparten cátedra en las regiones son docentes cátedra y habitan principalmente en Medellín o el Valle de Aburrá.

Analizamos las diversas posiciones entre los docentes entrevistados frente a la investigación en clave de impacto social:

Existe una clara división, entre quienes adoptan una posición reflexiva y crítica sobre las implicaciones políticas o institucionales que tiene “la nueva agenda de investigación”, que asumen resistencias y un profundo descontento, ya que estiman que el trasfondo de las alianzas entre la Universidad y el sector privado empresarial, así como la conformación de redes, no son más que una estrategia política para que la Universidad se autofinancie con la investigación, sin embargo, están estudiando la nueva normativa para ir haciendo ajustes, principalmente, en lo que tiene que ver con asuntos de medición de su producción intelectual y los investigadores que asumen una posición pragmática, que se proponen revisar los planes de desarrollo (nacional, departamental, regional y de la Universidad), porque consideran que eso es lo que viabiliza la política científica y hay que tenerlos en cuenta. Estos docentes ven como problemático que sigamos con una actitud de perplejidad y que no se ejecuten acciones rápidas para salir de ella. Piensan que debe haber intereses convergentes entre Investigadores-Universidad-Estado y entre Investigadores-Empresa-Estado, conservando los límites que les imponen las funciones misionales, y estiman que deben ser operativas las alianzas en acciones, programas y política social.

El primer grupo de investigadores, también mira con desconfianza “el sistema”, y su proyección, sin embargo decide mantenerse como vienen trabajando, no muestran interés por los cambios, no creen en ellos, creen que el desarrollo regional y la solución a los problemas de inequidad social son una responsabilidad del Estado, mientras que la tarea de la academia es visibilizar los problemas porque la Universidad no tiene que asumir su solución.

En concreto se ven diversas posturas entre los investigadores, que enriquecen las distintas visiones y significados otorgados a la investigación. Está la de quienes aceptan el discurso oficial del “nuevo sistema de Ciencia y Tecnología”, la de aquellos que piensan que hay que actuar de manera estratégica y que es importante asumir una posición crítica y determinar si realmente el sistema lo que pide es hacer ciencia para el desarrollo social o ciencia para el desarrollo tecnológico y empresarial, ya que la ciencia social es para las personas que habitan las regiones y esa investigación en adelante debe impactar socialmente de manera eficaz.

## RECOMENDACIONES

Los investigadores del programa de derecho deben construir los indicadores de pertinencia (capital científico, cultural y productos) e indicadores de impacto (uso social del conocimiento, apropiación social, gestión del conocimiento, aporte a la transformación de dinámicas sociales, relación investigación-extensión) para evaluar y medir la pertinencia de sus objetos de estudio y los impactos sociales de esos objetos.

En virtud de que no hacemos seguimientos continuos y sistemáticos de los resultados de las investigaciones, proponemos que debe diseñarse una estrategia de "seguimiento" de las investigaciones finalizadas con apoyo en un sistema de información, ya que hay un nexo débil entre los productos de conocimiento/saber, los usuarios sociales y el uso o usos que pueden darse; el sistema permitirá el registro datos -no de manera aislada entre un proyecto y otro, o entre un informe y otro-, permitirá mostrar procesos, relaciones, vínculos y recursos asignados.

Este sistema facilita hacer evaluaciones de pertinencia e impacto a partir del análisis del estudio de perfiles temáticos, perfiles disciplinarios, asociaciones (redes, alianzas estratégicas), trabajo interdisciplinario, número de estudiantes y profesores formados, número de publicaciones y socializaciones, temáticas investigadas, trabajo comunitario (talleres, asesorías, jornadas culturales, cursos de formación jurídica básica); seguimientos; asesorías.

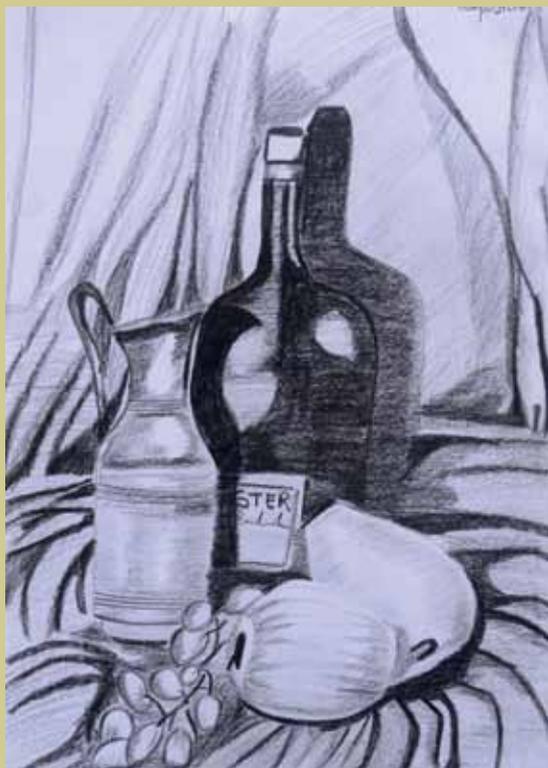
Pensamos que para hacer gestión del conocimiento, los investigadores del programa de derecho, deben entregar en el Centro de Investigaciones Jurídicas al finalizar su investigación "un informe de investigación", para construir una base de datos con los marcos teóricos, los marcos conceptuales, los modelos metodológicos, los itinerarios, de manera que sean fuente de consulta de la comunidad académica de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Albornoz, M., Estébanez M., Alfaraz C., (2005) *Alcances y limitaciones de la noción de impacto social de la ciencia y la tecnología*. Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad, 4 (2), 73-95
- CONPES 3582 (2009). *Política nacional de ciencia, tecnología e innovación*. Bogotá.
- Charum, J. (2002). Sobre las Políticas de Investigación en la Universidad. *Revista Nómad*, 17, 183-193.

- DANE, D. N. (20 de 09 de 2012). *DNP Portal Web Planes de Desarrollo Anteriores al Plan 2010-2014*. Obtenido de <https://www.dnp.gov.co/PND/PlanesdeDesarrolloanteriores.aspx>
- David Bravo, A. I. (2010). Pertinencia de la historia conceptual para el estudio de fenómenos literarios específicos: una aproximación desde el costumbrismo. *Lingüística y Literatura* (57), 35-48.
- Fernández, E. (s.f). *La medición del impacto social de la ciencia y tecnología*. Disponible en [www2.ricyt.org/interior/biblioteca/docs/polcuch.pdf](http://www2.ricyt.org/interior/biblioteca/docs/polcuch.pdf) (consultado: 19-10-09)
- Orozco Silva, L. E. (2002). *La Calidad de la Universidad más allá de la ambigüedad*. Recuperado el 3 de Noviembre de 2012, de Consejo Nacional de Acreditación - Ministerio de Educación Nacional
- Ramírez Benavides, G. F. (2005). Pertinencia socio-rural del proceso curricular en el programa de medicina veterinaria y zootecnia de la Universidad de Caldas. *Revista Universidad de Caldas*, 25(2).
- Rodríguez Batista, A. (2005). Impacto social de la ciencia y la tecnología en Cuba: una experiencia de medición a nivel macro. *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, 2 (4), 147-171.
- Recuperadode[http://www.revistacts.net/index.php?option=com\\_Conte](http://www.revistacts.net/index.php?option=com_Conte)
- Ruiz Jaramillo, L. B. (18 de Enero de 2012). (N. A. Cossio Acevedo, & E. Franco Gómez, Entrevistadoras) Medellín, Colombia.
- Unesco. (9 de octubre de 1998). *Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción*. Recuperado el 15 de Octubre de 2012, de [http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration\\_spa.htm](http://www.unesco.org/education/educprog/wche/declaration_spa.htm)
- Vallaey, F., De la Cruz, C., & Sasia, P. M. (2008). *Manual de Primeros Pasos en Responsabilidad Social Universitaria: Construyendo ciudadanía en universidades responsables*. Lima, Perú: BID/RED. Recuperado de [http://www.cyta.com.ar/biblioteca/bddoc/bdlibros/rse/334\\_as\\_manual\\_rsu\\_bid.pdf](http://www.cyta.com.ar/biblioteca/bddoc/bdlibros/rse/334_as_manual_rsu_bid.pdf)
- Villaveces, J., Orozco, L., Olaya, D & Suárez, E. (2005). ¿Cómo medir el impacto de las políticas de Ciencia y Tecnología? *Revista de la Red Iberoamericana de Ciencia Tecnología y Sociedad CTS*, 004(2), 125-146.





Título: Bodegón 1

Dimensión: 24 x 34 cm

## ***INNOVACIÓN. CONCEPTO Y RETOS EN LA AGENDA UNIVERSITARIA\****

- \* Resultado final de la investigación terminada: *“El papel de la Universidad en las políticas públicas de emprendimiento e innovación. Estudio de caso: participación de la Universidad de Antioquia en las políticas de emprendimiento e innovación del Municipio de Medellín 2004-2011”*, financiada por el CODI, Universidad de Antioquia, e inscrita ante Colciencias en el año 2011.

Equipo de investigación: Además de la autora, formaron parte del equipo de investigación los profesores Ana Victoria Vásquez Cárdenas, Patricia González Sánchez, Olga Zapata Cortés, Carlos Fernando Echeverry, al igual que la abogada Maira Catalina Betancur y los estudiantes pertenecientes al Semillero de Propiedad Intelectual de la misma facultad: Catalina Ocampo, Luna García, Ana I. C. Builes y Juan D. Murillo.

Fecha de recepción: agosto 8 de 2013

Fecha de aprobación: octubre 4 de 2013

## INNOVACIÓN. CONCEPTO Y RETOS EN LA AGENDA UNIVERSITARIA

*Adriana María Restrepo Ospina\*\**

### RESUMEN

La innovación, como tema central en el debate contemporáneo, plantea variadas dificultades, que van desde su propia conceptualización hasta la decisión del tipo y estrategia a utilizar, en caso de su implementación, y los caminos a seguir en dicho proceso, la determinación y articulación de actores y el diseño e implementación de políticas públicas al respecto en todos los niveles de actividad política, económica y académica. Este artículo aborda el concepto y los principales rasgos de la innovación, como fenómeno que atraviesa el quehacer nacional, con el objetivo de aportar elementos que permitan identificar algunos retos importantes para su implementación universitaria, especialmente direccionados a ayudar a comprender mejor el camino recorrido hasta ahora en su implementación en la Universidad de Antioquia.

Palabras clave: innovación, políticas públicas, sociedad del conocimiento, universidad.

### CONCEPT AND CHALLENGES IN THE ACADEMIC AMBIT

#### ABSTRACT

Innovation, like a central theme in the contemporary discussion, raises many difficulties, which go since the conceptualization, to the decision of the type and strategy to use, in case of implementation, and the ways to follow in this process, the determination and articulation of the actors in the design and implantation of public policies in all levels of the political, economic and academic life. This paper seeks for the concept and the principal features of the innovation, like a phenomenon which troughs the national task, with the target to adopt elements that allow their academic implementation, in the University of Antioquia implementation.

Key Words: Innovation, Public Policies, knowledge society, University.

---

\*\* Abogada; Especialista en Derecho Administrativo y en Gerencia social; Magister en Filosofía; Profesora e investigadora. Grupo: Centro Interacción. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Universidad de Antioquia UdeA. Calle 70 No. 52-21. Medellín. Colombia.

# INNOVACIÓN. CONCEPTO Y RETOS EN LA AGENDA UNIVERSITARIA

## INTRODUCCIÓN

Hablar de innovación es hoy tema obligado, tanto en la academia como para la política y las empresas. Ya desde 1988 la Revista Harvard Business Review planteaba en su editorial: *“Hoy nadie necesita ser convencido de la importancia de la innovación –la competencia intensa junto con rápidos cambios en los mercados y las tecnologías, se han asegurado de ello. Cómo innovar, es la cuestión clave”* (Álvarez Baldoquin, 2007; Drucker, 1988)<sup>1</sup>.

Para la empresa la innovación es asunto de supervivencia y sostenibilidad en un mercado hipercompetitivo. Para el Estado, resulta determinante del modelo de desarrollo económico, la competitividad en sentido país y el diseño de políticas públicas. Para la universidad el concepto de innovación, junto con otros relacionados como emprendimiento o transferencia de conocimiento, se muestran importantes y exigen un esfuerzo por su apropiación y delimitación conceptual y contextual, que le permitan a estas instituciones evaluar el grado en que dichos fenómenos pueden aportar o no en la definición de su quehacer y futuro en un contexto social cada vez más complejo e interdependiente, en el cual el papel de la investigación y la innovación y sus recíprocas relaciones parecen poner en cuestión las tradicionales funciones universitarias.

Por ello, se hace necesario abordar la noción de Innovación, como componente clave y definitorio de importantes políticas en diversos niveles: nacional, regional, sectorial, institucional o empresarial; ya sea en el plano estratégico, como una apuesta de política pública o como componente de un Sistema de Innovación. Es claro que no parece posible renunciar, por lo menos, a su estudio.

Por ello, partiendo de dicha necesidad y con el ánimo de aportar en la discusión sobre de innovación que permita lograr los objetivos de la investigación planteada, especialmente los relacionados con comprender *“el papel desempeñado por la Universidad de Antioquia en las políticas públicas de emprendimiento e innovación del Municipio*

---

1 *“Today, no one needs to be convinced of the importance of innovation – intense competition, along with fast-changing markets and technologies, has made sure of that. How to innovate is the key question”*. Trad. libre de la autora.

de Medellín en el período 2004-2011”, así como determinar “*las principales fortalezas y debilidades*” de su participación en las mismas, se realizó esta indagación conceptual, como insumo necesario para el estudio planteado.

El componente metodológico que se eligió para el desarrollo del proyecto fue el Estudio de caso, haciendo uso de la investigación cualitativa para el análisis de políticas públicas, con un alcance descriptivo y analítico, en que se buscó construir y aportar teoría más que comprobarla, así como considerar significados alternativos de los fenómenos a través de la identificación, desarrollo y relación de los conceptos constitutivos de la teoría.

El abordaje conceptual fue punto de partida para la identificación del rol de los actores dentro de este conjunto de relaciones interinstitucionales. Se buscó identificar el papel desempeñado por la Universidad de Antioquia durante el período de estudio, dentro de este entramado institucional que se construyó en la ciudad de Medellín, el cual tenía como propósitos fortalecer elementos como la productividad y la competitividad local o aumentar el empleo. Como resultado, se identificaron en el proceso analítico, algunos elementos clave que permiten comprender la innovación, y su papel actual en Colombia, con la mirada puesta en el horizonte universitario como su enfoque específico.

## 1. EL CONCEPTO INNOVACIÓN

La innovación es uno de esos conceptos clave de la agenda contemporánea, tanto en el mundo empresarial como en el político y el universitario. Para la empresa, es entendida como elemento clave que marca la ruta actual de la sostenibilidad y la competitividad. “*La innovación debe ser vista, entonces, como una actividad genérica asociada con la supervivencia, el crecimiento y el desarrollo de la competitividad*” (Camacho, 2012). Desde el Estado, la apuesta o no por la innovación incide en el modelo de desarrollo y su estrategia de futuro; tanto en términos de productividad y competitividad como sobre sus efectos en distintos ámbitos sociales y humanos, como en el diseño de variadas políticas públicas y de Estado. Desde el ámbito universitario, este concepto plantea renovadas cuestiones que deben ser conceptualizadas, definidas y decididas en tanto inciden en el futuro de las propias universidades, especialmente las públicas, con específicos objetivos misionales ligados al bienestar general.

Para las empresas, las razones para la innovación están relacionadas con la sostenibilidad o perdurabilidad en el tiempo, lo que implica necesariamente la competitividad de la misma. Se trata de estar presente y permanecer en un mercado cada vez más

competitivo y en el cual los ciclos de los productos son cada vez más reducidos. En lo que respecta a otros actores, como el gobierno o las instituciones de carácter público que realizan labores de investigación, las razones para la innovación probablemente tengan que ver con otros factores, como la pertinencia social, el aporte al desarrollo y la contribución con la difusión social del conocimiento, entendidos actualmente como bases del bienestar social, entre otros.

De allí la importancia del concepto de innovación, que a pesar de su aparición relativamente reciente, ha sido estudiado desde distintas disciplinas y enfoques; se suele reconocer a Schumpeter como el primer teórico contemporáneo en aportar en su definición, desde una óptica empresarial y centrada en el sistema económico. La entiende como un proceso de *destrucción creadora*, eje fundamental para el propio sistema capitalista, y propone especialmente una noción de innovación radical o revolucionaria en términos sistémicos: *“El impulso fundamental que pone y mantiene en movimiento a la máquina capitalista procede de los nuevos bienes de consumo, de los nuevos métodos de producción y transporte, de los nuevos mercados, de las nuevas formas de organización industrial que crea la empresa capitalista”* (Schumpeter, 1996).

Complementando la noción, también desde el punto de vista empresarial y con énfasis en el plano estratégico, Drucker enfatiza en el mercado como eje de la innovación, ya no como el escenario en el cual esta funciona y que lo determina globalmente, sino como factor importante aún por encima del grado de novedad o creatividad que involucre. Sostiene que la innovación consiste en la introducción exitosa de un producto en el mercado: *“La prueba de una innovación no es su novedad ni su contenido científico ni el ingenio de la idea, es su éxito en el mercado”* (Drucker, 1988).

También puede ser concebida como proceso o como resultado. *“Si consideramos la innovación como un proceso – basándonos en el punto de vista de Schumpeter – esta hace referencia al proceso seguido para obtener algo “nuevo”. Desde el punto de vista relacionado al objetivo del proceso, la innovación se entiende como el resultado de un proceso de renovación”* (Dornberger, 2009). Como proceso, también se puede entender en un sentido aún más amplio, como parte del avance mismo de las sociedades, involucrando por tanto todo un acumulado de conocimientos y experiencias que difícilmente podrían atribuirse a un solo sujeto, lo que compromete de paso la actividad de los diseñadores de políticas públicas. De esta manera se puede concebir procesalmente, tanto desde el punto de vista interno, relativo a su gestión (García González, 2012) como desde la mirada externa, referente a su generación en la sociedad; desde este punto de vista, la innovación es un proceso de acumulación histórico-social: *“... es el resultado de un largo proceso histórico, de un cúmulo de intentos fallidos y pequeñas mejoras que en un momento crítico cambian el signo de la tendencia, la dirección de un proceso, la calidad de un*

*producto o la técnica de un procedimiento*” (Álvarez Baldoquin, 2007). Pudiéndose entender entonces que la innovación compromete el desarrollo histórico que la antecede, siendo “... *una creación deudora de una anterioridad y propiciadora de una posterioridad. Se trata de un eslabón en la cadena de descubrimientos e inventos, fruto de la creatividad humana*” (Rodríguez Herrera, 2008)

Por su parte, el Manual de Oslo entiende por innovación: “...*la introducción de un nuevo, o significativamente mejorado producto (bien o servicio), de un proceso, de un nuevo método de comercialización o de un nuevo método organizativo, en las prácticas internas de la empresa, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores.*” (Álvarez Baldoquin, 2007; OCDE-Eurostat, 2006); y el Manual de Frascati –para la medición de actividades científicas y tecnológicas– la define como la implementación de productos o procesos nuevos o mejorados (OCDE-FECYT, 2002). Por su parte, el Manual de Bogotá establece que las innovaciones tecnológicas, de productos y procesos “*comprenden los productos y procesos implementados tecnológicamente nuevos, como también las mejoras tecnológicas de importancia logradas en productos y procesos. Se considera que una innovación tecnológica en productos y procesos ha sido implementada si se la introdujo en el mercado (innovación de producto) o si se la usó dentro de un proceso de producción (innovación de proceso)*” (Jaramillo, 2001).

Por esa conexión de la innovación con el entorno social en que se desarrolla, se tiende actualmente a redefinir el concepto como Innovación Abierta. Así, en el proceso innovativo no solo se tienen en cuenta los productos o servicios sino que se sugiere poner el énfasis “...*en toda la cadena de valor. Proveedores, clientes y colaboradores forman parte del proceso de innovación. Las distintas perspectivas constituyen una fuente de nuevas ideas y todo el conjunto se beneficia de ello*” (Bankinter-Accenture, 2010).

Sobre la importancia y los beneficios de la innovación, se argumenta que esta permite que las empresas crezcan y se transformen (Dinero-Sena, 2010); convirtiéndose en elemento de vital importancia para la transformación del mercado y para generar competitividad (Álvarez Baldoquin, 2007; Hidalgo Nuchera, 2011)

Respecto de su aporte al conocimiento y su impacto geográfico, la innovación se divide en radical o incremental. ((Johannessen, Olsen, & Lumpkin, 2001); (Dosal, 2011); La innovación radical se caracteriza porque crea nuevos paradigmas o mercados; aunque a veces pueden darse innovaciones radicales dentro de un mismo paradigma, por ejemplo, respecto de una actividad o sector económico específico. La innovación incremental remite a mejoras graduales o cambios dentro de un paradigma o campo del conocimiento (Dosal, 2011). Respecto de su esfera de influencia, la innovación puede darse dentro de una empresa u organización, un país, región o el mundo.

Otras de las características de la innovación es que es pluridisciplinar y dinámica, debiendo abarcar la conjunción de diversos conocimientos, actores y perspectivas, enmarcados en “...un amplio conjunto de acciones entre las que destaca vigilar el entorno en busca de información sobre cambios relevantes para sus actividades” (Hidalgo Nuchera, 2011)

Implica, además, la identificación de información, su transformación en conocimiento y posteriormente su utilización en la toma de decisiones, pues “la superabundancia de información provoca que, pese a estar atentos a muchos aspectos, se puedan pasar por alto las señales clave para anticiparse a los acontecimientos” (Hidalgo Nuchera, 2011)

De igual modo, la idea de la introducción de la innovación, ya sea en el mercado, en el desarrollo de una actividad o en la sociedad, resulta de gran importancia para la innovación, como uno de sus componentes determinantes a la hora de comprenderla como el resultado de un proceso. En virtud de esta distinción, se hace evidente una diferencia específica entre las actividades propias de la investigación de aquellas que definen a la innovación, pues en el caso de la primera, no se entiende como necesaria la introducción de los resultados de investigación en el mercado –o en la sociedad directamente-, aunque en muchas ocasiones ello pudiera ser deseable.

### 1.1 Investigación e innovación

Se pueden establecer distintas clasificaciones para distinguir los distintos modos o ámbitos de éstas. Desde el punto de vista de la motivación respecto de la realización de la actividad, resultan normalmente diferenciadas en ambos procesos. En el campo científico o de investigación, en gran parte la motivación reside en la búsqueda del conocimiento, pudiendo o no esta búsqueda estar relacionada con algún tipo de impacto posterior. En el campo de la innovación, el proceso está explícitamente dirigido a la creación de algo nuevo, que normalmente trasciende el nivel del conocimiento como tal para pasar a un nivel más concreto, como llevar un producto al mercado, o un proceso, servicio o impacto a la sociedad. También suelen diferenciarse en cuanto a los logros esperados, los sistemas de recompensa y el papel que juegan respectivamente los individuos y la organización. (OCDE-Eurostat, 2006).

El Manual de Frascati, define tres tipos de actividades científicas relacionadas con la investigación: la investigación básica –pura y orientada-, la investigación aplicada y el desarrollo experimental<sup>2</sup>; complementándolas con otras actividades

---

2 “La *investigación básica* consiste en trabajos experimentales o teóricos que se emprenden principalmente para obtener nuevos conocimientos acerca de los fundamentos de los fenómenos y hechos observables, sin

involucradas en el campo de I+D que se basan en la ciencia y la tecnología pero no son lo mismo. Se trata de las que denomina Actividades Científicas y Tecnológicas -ACT-, como la enseñanza y los servicios científico-tecnológicos, de una parte; y el proceso de innovación científica y tecnológica, de la otra. En éste, las actividades científicas (I+D) constituyen solo una de las actividades desarrolladas en el proceso de innovación, sirviendo como fuente de ideas innovadoras y para la solución de problemas en el proceso. (OCDE-FECYT, 2002), lo que lleva a concluir que en términos de proceso, la innovación puede contemplar a la investigación como una de sus fases, pero no necesariamente la investigación lleva a la innovación ni es aquella necesaria en todos los casos para innovar.

Así mismo, el Manual define la investigación y la I+D de la siguiente manera: “*La investigación y el desarrollo experimental (I+D) comprenden el trabajo creativo llevado a cabo de forma sistemática para incrementar el volumen de conocimientos, incluido el conocimiento del hombre, la cultura y la sociedad, y el uso de esos conocimientos para crear nuevas aplicaciones*” (OCDE-FECYT, 2002). En la relación Innovación-investigación, y teniendo como referente a la segunda, se tiene que esta puede o no hacer parte del proceso de innovación, pues también es posible encontrar innovaciones que no derivan de la investigación, sino que son producto de otras actividades como la observación fortuita, las opiniones o sugerencias de los clientes o usuarios de bienes o servicios, intuiciones, entre muchas otras (R. y. G. G. Herrera González, José María, 2011). Desde la óptica de la investigación, se puede dar la situación de investigaciones que tengan como propósito el logro de una innovación, de otras que lleguen a la innovación sin que esta se encuentre proyectada como parte del proceso investigativo, o que se produzcan resultados de investigación que constituyen aportes al conocimiento pero que no pueden concebirse como innovativas, pues no están dirigidas a –o no logran- su introducción en un mercado, en un proceso específico o en la resolución de algún problema social concreto.

En relación con esta distinción, también se pueden entender como diferenciados la innovación y el invento en que, en éste, el elemento comercialización o implementación social no está comprometido. La actividad inventiva puede ser un paso dentro

---

pensar en darles ninguna aplicación o utilización determinada. La *investigación aplicada* consiste también en trabajos originales realizados para adquirir nuevos conocimientos; sin embargo, está dirigida fundamentalmente hacia un objetivo práctico específico. El *desarrollo experimental* consiste en trabajos sistemáticos que aprovechan los conocimientos existentes obtenidos de la investigación y/o la experiencia práctica, y está dirigido a la producción de nuevos materiales, productos o dispositivos; a la puesta en marcha de nuevos procesos, sistemas y servicios, o a la mejora sustancial de los ya existentes. La I+D engloba tanto la I+D formal realizada en los departamentos de I+D así como la I+D informal u ocasional realizada en otros departamentos” (OCDE-FECYT, 2002)

del proceso que lleva a una innovación, pero no son lo mismo. *“Por invención se entiende la creación de una idea potencialmente generadora de beneficios comerciales o de aplicación social, pero no necesariamente realizada de forma concreta en productos, procesos o servicios. De este modo, una invención o idea creativa no se convierte en innovación hasta que no se utiliza para cubrir una necesidad concreta”* (R. y. G. G. Herrera González, José María, 2011).

## 1.2 Innovación y creatividad

La creatividad es necesaria en el proceso de generación de ideas, pero la innovación va mucho más allá de ello, en tanto involucra una serie de actividades que van desde la idea hasta su implementación en la sociedad o el mercado. *“La capacidad de crear es una característica que poseen los individuos, grupos y organizaciones, que consiste en un proceso de pensamiento asociado con la imaginación, la intuición, la perspicacia y la inspiración, y que lleva a la generación de ideas”* (Hidalgo Nuchera, 2011) (Ugalde-Albsitegui, 2009). La creatividad es considerada como una de las principales fuentes de la innovación, sin que pueda confundirse con ella o sustituirla. *“A la creatividad no siempre le sigue automáticamente la innovación; las ideas son solamente las materias primas para la innovación... la creatividad solamente se encarga de generar ideas, pero es el pensamiento lógico el que se encarga de depurar las ideas hasta llegar a la mejor solución, la más innovadora”* (Álvarez Baldoquin, 2007).

## 1.3 Innovación social

En sus etapas iniciales, la conceptualización sobre innovación se asimiló a la incorporación o el desarrollo de nuevas tecnologías que pudieran afectar los procesos de producción, la organización o el funcionamiento de la empresa. Sin embargo, recientemente, se ha incrementado el interés por una nueva forma de concebir la innovación: la social. Se trata de incorporar los principales elementos estructurales de la definición tradicional de innovación, que la asocia con su impacto en el mercado, para introducir una mirada en la sociedad. En este caso, será innovación toda transformación que se dirija a enfrentar nuevos problemas, o viejos problemas con soluciones novedosas (Rodríguez Herrera, 2008), siempre que se trate de problemas o necesidades sociales (R. Herrera González, 2011).

La innovación en el campo social será entonces *“acción transformadora concreta, generalmente de carácter colectivo, que ofrece una nueva respuesta a un problema determinado. Mediante nuevos procesos, nuevas técnicas y nuevas formas de organizar la acción, se consigue articular una respuesta adecuada a su contexto—llamada inteligencia— con efectos transformadores directos e indirectos más*

*allá de este. Una innovación es entendida como un cambio reconocido capaz de producir otro cambio” (Rodríguez Herrera, 2008)*

Ahora, desde lo social, también es importante resaltar una perspectiva más amplia, relacionada ya no con el carácter social de la innovación sino con su papel en la sociedad, incluso desde su misma conceptualización. Así, partiendo de la complejidad misma de los procesos innovativos, se hace necesario asumirla desde un punto de vista más amplio que el económico. Se trata de integrar en el concepto otros elementos, especialmente sociales y ambientales, en consideración a que el desarrollo no solo proviene de la ciencia y la tecnología, sino que esta también puede –y debe– incidir en el desarrollo social y la calidad de vida de las personas. “... *los procesos científico-tecnológicos y de innovación deben concebirse desde una perspectiva más amplia, dirigida a comprender los fenómenos naturales, sociales y culturales, y a buscar soluciones a problemas ubicados en muchos ámbitos de la sociedad, por lo que su visión debe tener un carácter integral dirigido al mejoramiento de la calidad de vida en general*”. (R. y. G. G. Herrera González, José María, 2011). Para lo anterior, es importante tener en cuenta que si bien el conocimiento puede ser adquirido de distintas formas y fuentes, también resulta vital desarrollar una sólida capacidad endógena para producirla, como clave del desarrollo económico de los países y de las instituciones y organizaciones.

Por ello, la innovación social requiere un importante esfuerzo para su difusión, pues “*por su origen, las innovaciones en ese campo aspiran a tener una gran repercusión, pero en una esfera limitada. El interés de los innovadores es hacer frente a las necesidades del grupo específico hacia el que se dirige su proyecto y su innovación, y es en ese ámbito específico que se mide su éxito*” (Rodríguez Herrera, 2008).

## **2. BENEFICIOS SOCIALES DE LA INNOVACIÓN**

De la innovación se dice que ofrece múltiples beneficios. Estos se podrán identificar, por supuesto, según el enfoque de innovación que se aborde y, especialmente, respecto del actor que la ejecute, pues los beneficios de la innovación están relacionados, en primer lugar, con los objetivos que con ella se pretendan. Respecto de sus efectos positivos en la sociedad, en menor o mayor medida, la innovación ofrece algunos beneficios, casi siempre indirectos o externos a los objetivos inmediatos de quien aborda la tarea de innovar, consistentes en algunas ventajas sociales que no son necesariamente apropiables únicamente por quienes realizan directamente la labor innovativa, como:

La generación de conocimiento socialmente difundible en el corto o el largo plazo, especialmente del tipo que presenta *“inexistencia de rivalidad en el uso y aplicación de los resultados de I+D, y del “saber como” producir (know how) asociado ... Aun en el caso de procesos e innovaciones patentadas, con el tiempo el uso de la innovación, equipos y procesos desarrollados y el conocimiento subyacente, serán superados o significativamente mejorados”* (Adamson Badilla, 2011), lo que remite a la producción de valor social a través de bienes intangibles. Lo que quiere decir que la innovación genera un aumento del conocimiento general disponible, incluso en los casos de innovaciones protegidas por vía del sistema de propiedad intelectual.

El entrenamiento y capacitación de personal, así como el *know how*, que por ejemplo, terminan siendo apropiados como habilidades personales de los trabajadores involucrados, quienes en los procesos de rotación laboral lo trasladan, traspasando parte o todo de dicho saber a otros sectores productivos. Esto se potencia aún más con las tecnologías de la comunicación, que permiten la transferencia en tiempo real, independientemente de los lugares geográficos o tipos contractuales tradicionales. (Adamson Badilla, 2011).

Intensidad del retorno social: *“Estudios econométricos han encontrado que la tasa social de retorno de la I+D puede llegar a ser de cinco a ocho veces mayor que la privada (Salter et al., 2000, citado por OECD op cit.). Por esas razones económicas es que, en países desarrollados, la investigación básica es financiada principalmente por el Estado, y el componente de investigación aplicada, en su mayoría, por el sector industrial.”* (Adamson Badilla, 2011).

### 3. BARRERAS A LA INNOVACIÓN

Dentro de los factores que se pueden concebir como inhibidores de la innovación o barreras de esta se pudieron identificar algunos, como los que enuncia el Manual de Oslo: en primer lugar se encuentran los *de carácter económico*, relacionados con costos y falta de recursos –propios o de financiación-; también se evidencian algunos *de naturaleza empresarial*, como la ausencia de personal calificado o de conocimientos pertinentes; *de mercado*, como problemas de demanda de las innovaciones; *jurídicos*, como la protección de la propiedad intelectual o falta de estímulos fiscales; *sociales*, como los relacionados con la cultura innovadora. En este último sentido, se encuentra que *“... las personas (ya sean agentes relacionados directamente con la innovación o simplemente usuarios de las mismas) pueden desarrollar conductas resistentes al cambio o a los productos o procesos innovadores”* (Cornejo Cañamares, 2009).

### 3.1 Dificultades de apropiación del conocimiento necesario

Este problema plantea la cuestión relativa a quién será, al final, el dueño del conocimiento, es decir, el titular de derechos -exclusivos o no- sobre éste. Ello remite a una cuestión clave en la innovación, consistente en la posibilidad o no de una apropiación privada de los beneficios de la generación de nuevos conocimientos. *“Debido a los altos costos que implica generar cierta información y la baja posibilidad de retener sus beneficios económicos, antecedentes fundamentales para los actores del sistema pueden no estar disponibles, y no habrá un actor individual ni colectivo dispuesto a producirla “* (González F, 2008). En estos casos, suele reclamarse la presencia del Estado como actor clave que permite potenciar la innovación desde la financiación pública de ciertas actividades necesarias pero que no resultan atractivas para los actores privados, especialmente en investigaciones de carácter básico en las cuales el tipo de conocimiento que se produce es difícilmente apropiable privadamente, pero que generan un efecto social importante sobre la base general del conocimiento disponible en la sociedad, o que puede ser la base científica necesaria para la realización de posteriores innovaciones.

Esto se conoce como la generación de externalidades derivadas de la innovación, consistentes en que la rentabilidad de las mismas no puede ser totalmente evaluable a través del mercado, en tanto se produce conocimiento altamente costoso en su generación, pero que luego puede llegar a ser producido y transmitido a costos insignificantes: *“Los beneficios económicos derivados de los procesos de investigación, de las actividades de difusión y transmisión de conocimientos, así como de las tecnologías, tienen como una de sus principales características el potencial para generar economías externas positivas. Se denominan externalidades (positivas) porque los beneficios económicos que resultan de estas, no son susceptibles de ser única y exclusivamente apropiables por su desarrollador”*. (Adamson Badilla, 2011). Ello se traduce, como se mencionó, en la existencia de beneficios sociales indirectos, derivados de la innovación.

### 3.2. Fallas del sistema

Otro aspecto mencionado es el de las fallas del sistema. Este problema consiste en las deficiencias de relación, apoyo o comunicación entre distintos actores; la ausencia de agentes de apoyo -o sus inadecuadas actividades o resultados de su interrelación -, así como la presencia de problemas estructurales que impiden el correcto flujo de comunicación, apoyos o relaciones. *“Las fallas en el sistema se pueden presentar aun cuando exista suficiente inversión en I+D, por ejemplo*

*cuando problemas de coordinación entre actores inhiben la sincronización entre la creación y lanzamiento de nuevas tecnologías” (Alfaro Álvarez, 2011)*

Como principales fallas sistémicas se pueden enunciar: *faltantes de tipo cognitivo*, relacionadas con diferencias cognitivas de diversos órdenes entre actores con potencialidad de afectar la capacidad de comunicación y aprendizaje; *faltantes de información*, especialmente respecto de lo que pueden aportar los demás actores o algunos en especial y sobre las posibilidades de cooperación mutua; *faltantes administrativos*, relacionadas especialmente con la capacidad de adquisición e implementación de conocimientos y tecnologías; y, *faltantes sistémicas* propiamente dichas, relacionadas con las carencias estructurales del sistema que afectan o pueden llegar a impedir la innovación. (Klerkx, 2009). Igualmente la incertidumbre sobre la recepción de la innovación y su impacto en el mercado, que se puede reducir con una adecuada financiación pública (Hidalgo Nuchera, 2011), especialmente en temas como fortalecimiento de una cultura de la innovación, diseño de políticas públicas apropiadas y suficiente y adecuada financiación.

### 3.3 Mentalidad

Dentro de las barreras frente a la innovación, una de las más importantes tiene que ver con la mentalidad instalada, especialmente en las grandes organizaciones o instituciones. *“En la mayoría de los casos, las oportunidades que pueden surgir en una gran empresa dejarían en ridículo a las que nacen en el seno de las pequeñas empresas. Sin embargo, las primeras están tan centradas en su día a día que no prestan atención a esas oportunidades ... Se deben cosechar y gestionar las ideas, dando oportunidad a las más atractivas”* (Bankinter-Accenture, 2010). Razonamiento no solo aplicable al escenario empresarial sino que puede ser de utilidad en la perspectiva de otro tipo de organizaciones.

### 3.4 Inversión y financiación

Otra gran dificultad general que se presenta a la innovación está relacionada con la asignación de recursos para los proyectos que pretenden innovación. Muchas veces, en los distintos ámbitos, la actitud reacia a invertir frena la innovación. Para las grandes organizaciones, invertir en pequeños proyectos con alto potencial puede significar un apoyo importante para aquellos que no cuentan con el capital necesario, y puede ser una muy buena fuente de ventajas. *“Las probabilidades de éxito pueden ser escasas, pero el riesgo es limitado y la rentabilidad potencial enorme”*. (Bankinter-Accenture, 2010).

Los problemas de financiación de la innovación pueden comprenderse, como se mencionó, desde el punto de vista de la ausencia de inversión de grandes compañías o inversores en pequeños proyectos prometedores. La otra perspectiva implica concebir el problema de financiación desde un enfoque más amplio, que permita indagar por otras fuentes de financiación de la innovación no provenientes de la inversión directa del innovador, o del apoyo empresarial para ello. En estos casos, los mecanismos de apoyo a la financiación pueden provenir de diversas fuentes, como el sistema financiero (Guillén Pachecho, 2011), las políticas sectoriales, o los recursos del mismo Estado a través de distintos mecanismos. Entre ellos se pueden encontrar los subsidios, los alivios tributarios, entre otros. *“Tanto en los países en desarrollo como en los desarrollados, las empresas reportan la falta de financiamiento como uno de los principales obstáculos para desarrollar proyectos de innovación. En Europa, alrededor de un 16% de las empresas de los países participantes en la CIS47 reporta como un obstáculo la falta de financiamiento de fuentes externas (Parvan S. V., 2007). En los casos de Colombia, Argentina, México y Chile, la consecución de financiamiento interno y externo es el principal obstáculo para la innovación.”* (Dosal, 2011).

### 3.5 Cultura innovadora

Este es, tal vez, uno de los principales problemas que enfrentan los países, las regiones, los sectores, las empresas y demás instituciones frente a la necesidad de establecer caminos adecuados para la innovación. El aspecto cultural atraviesa el problema de la innovación, abarcándolo desde la perspectiva misma de la necesidad de creatividad para la generación de ideas, la cual radica al final de cuentas en los individuos, hasta el nivel nacional, incluso el internacional. *“... los expertos del Future Trends Forum ven la cultura innovadora como la única fuente de ventaja competitiva sostenible. En un mundo cada vez más conectado y globalizado, los conocimientos se difunden con gran rapidez y las novedades pronto pasan a ser reliquias. Competir en costes no es una estrategia sostenible, se debe competir en capital intelectual. Fomentar la innovación es un proyecto a largo plazo, requiere de un enfoque global y un compromiso y objetivo común. Las regiones que mejor lo apliquen serán las mejor preparadas en la economía del futuro”* (Bankinter-Accenture, 2010).

Dentro del aspecto cultural, el tema relacionado con la aversión al riesgo y una cultura centrada en castigar el error resultan también componentes determinantes para el avance de la innovación, pues estos elementos culturales pueden llevar al fracaso, aún desde sus propios inicios, ideas y proyectos con alto potencial innovador pero que se encuentran en etapas de maduración o consolidación. Ante este aspecto, pueden incluso resultar irrelevantes la existencia de una estrategia clara y adecuada para la innovación, la existencia misma de un proceso de innovación

bien diseñado y puesto en práctica, con buenas dosis de flexibilidad del sistema, comunicación y trabajo multidisciplinario, entre otros, que pueden ser frenados por barreras de tipo cultural.

Considerando lo anterior, para aumentar la calidad de un Sistema de Innovación se deben definir actividades clave a fin de reducir y eliminar los faltantes que se identifiquen en el sistema (Smits & Kuhlmann, 2004), tales como: proveer la infraestructura para generar inteligencia estratégica; identificar los recursos en el sistema; establecer interconexiones; y aumentar la accesibilidad de todos los actores relevantes; estimular el desarrollo de la capacidad de producir información estratégica de acuerdo con las necesidades de los actores involucrados, entre otras. Actividades que pueden ser facilitadas, dentro de un enfoque sistémico de la innovación, a través de los procesos y agentes de intermediación. (Alfaro Álvarez, 2011).

### 3.6 Falta de difusión

Partiendo de entender que, desde la óptica sistémica, uno de los elementos centrales de toda innovación es *“la difusión de todo nuevo conocimiento y de toda nueva tecnología”* (Álvarez Baldoquin, 2007), se encuentra que las inadecuadas políticas y estrategias de difusión de los resultados de la innovación, tanto en el campo organizacional como en el ámbito social, constituyen una barrera indirecta para la misma, pues no solo se trata de realizar las innovaciones particulares sino que, en la óptica de la obtención de los beneficios sociales que esta puede ofrecer, -y como motor que promueve nuevas innovaciones, al aportar en el campo cultural y ayudar a romper algunas otras barreras, como el miedo a afrontar el reto o los riesgos que comprende-, se hace necesario tener presente este aspecto.

Ello, en tanto a través del conocimiento social de la innovación como tal, y de sus resultados, se puede contribuir con la disminución de las brechas sociales, económicas, culturales y políticas (Rodríguez Herrera, 2008); más allá incluso de las ventajas particulares que puede traer para las empresas, como la introducción de nuevos productos al mercado, la captación y fidelización de clientes, entre otras. En todo caso, se puede contribuir con la sostenibilidad de las empresas, y aportar en su propia competitividad y la del sistema económico en general.

## 4. POLÍTICAS DE INNOVACIÓN

Como se mencionó anteriormente, para el Estado la innovación resulta actualmente un concepto definitivo, en tanto involucra diversas políticas de tipo económico,

social, de educación, de Ciencia y Tecnología, entre otras; especialmente en el caso específico de Colombia, donde gran parte de las políticas de desarrollo se centran actualmente en la necesidad del país de consolidarse como una “*sociedad del conocimiento*”, dentro de una clara tendencia mundial que sugiere este modelo de desarrollo para la inserción de los países en un mundo global. Este modelo de desarrollo basado en el conocimiento, surge con un renovado interés sobre los determinantes del desarrollo económico.

Hasta hace poco tiempo el desarrollo tecnológico y la innovación no se encontraban comprendidos entre dichos determinantes, pues se concebía la innovación como una externalidad del sistema. “...*aunque los modelos señalaban que las economías aceleraban su crecimiento debido al cambio tecnológico, no eran capaces de incorporar y explicar este fenómeno*”(Adamson Badilla, 2011). Como claves en este proceso de transformación económico-social, se encuentran, por un lado el conocimiento (Sherwood, 1997) -entendido como factor productivo indispensable y diferenciado, potenciado por el papel del capital humano como generador de las posibilidades mismas de la innovación; una economía global unificada donde la producción y el consumo están cada vez más libres de factores espacio-temporales gracias a las tecnologías de la comunicación; y el hecho de que el modelo de productividad anterior se había sustentado sobre la destrucción de los recursos naturales, generando nuevas demandas de conocimientos y tecnologías limpias (Adamson Badilla, 2011), que deben afrontarse en la actualidad con herramientas y procedimientos novedosos, que tiendan a proteger el ambiente. De esta manera se evidencia, para el Estado, el surgimiento de una serie de retos que debe abordar a través de sus políticas. Se trata de cómo afrontar entre otros, asuntos como éstos, en su búsqueda por consolidar una sociedad del conocimiento dentro de sus fronteras.

En Colombia el camino recorrido por las nociones de investigación, innovación y desarrollo tecnológico, ha estado centrado en la generación de capacidades para la investigación, con una clara tendencia hacia un modelo más centrado en la innovación. Desde finales del siglo XX se empieza a hablar en el nivel nacional de la necesidad de fortalecer la innovación, especialmente centrándose para ello en el desarrollo de una estrategia donde el actor más visible ha sido Colciencias. El Sistema Nacional de Innovación – SNIC, se propuso desde 1995 como un apoyo a la apertura de mercado que permitiría internacionalizar la economía y alcanzar el desarrollo social equitativo. Colciencias, a través de su política de apoyo a la investigación ha propiciado y gestionado toda una cultura de la innovación que actualmente pasa por una etapa de consolidación.

En el documento *Visión Colombia 2019: II centenario*, se establecieron bases fundamentales para la política nacional al respecto. El Sistema Nacional de Ciencia,

Tecnología e Innovación –SNCTeI-, se ha construido bajo el supuesto de que un país es sostenible económicamente, cuando cuenta con empresas que aporten a la economía nacional y que la protección de la innovación permitiría que las empresas la asuman como una fuente primordial para la competitividad.

El documento CONPES 3582 de 2009, que contiene la Política Nacional de Ciencia, Tecnología e innovación para Colombia -SNCTeI-, problematizó sobre los bajos niveles de innovación del país, tomando como características: la informalidad, su carácter esporádico y desestructurado, las necesidades específicas y la falta de actividades en ciencia y tecnología en materia de investigación y desarrollo (I+D); circunstancias que, se asumió, desembocaron en la poca generación de ventajas competitivas sostenibles en el tiempo para el país. Con base en esta visión se elaboró la Política Nacional en Ciencia, Tecnología e Innovación, que integra la investigación y la innovación dentro de seis objetivos estratégicos para el fomento de la innovación y el emprendimiento dentro del aparato productivo, dirigidos a potenciar la relación Universidad-empresa, fortalecer los recursos humanos del sistema educativo y la apropiación social del conocimiento, focalizar en sectores estratégicos, desarrollar y fortalecer el trabajo regional, entre otros.

Igualmente, en 2009 se expidió la Ley 1286, tendiente al fortalecimiento del Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación, apoyándose en el correlativo fortalecimiento de Colciencias, con miras a *“lograr un modelo productivo sustentado en la ciencia, la tecnología y la innovación, para darle valor agregado a los productos y servicios de nuestra economía y propiciar el desarrollo productivo y una nueva industria nacional”*.

Con ésta, no solo se modifica estructuralmente el Sistema, convirtiendo a Colciencias en Departamento Administrativo, sino que se creó el Fondo *“Francisco José de Caldas”*, con el propósito de apoyar la financiación de las actividades de CT+I en el país. Al respecto, el sistema que con este instrumento se estableció, todavía se encuentra en etapa de consolidación, especialmente en materia de financiación del Sistema, pues *“Aunque esta ley trae importantes retos y novedades, lo cierto es que para lograrlos se tomará un buen tiempo, pues se requiere de un cambio cultural y de la consolidación de una nueva institucionalidad, y ambos aspectos enfrentan restricciones, como la tradición reinante, un pulso de poderes entre actores gubernamentales y no gubernamentales por su rol y el acceso a recursos dentro del sistema, y la confrontación de visiones que en particular se tienen sobre la innovación y el papel que cumple la investigación en el desarrollo del país”* (Restrepo Zea, 2012)

Como se pudo observar, en el país ocurrió una transformación en los énfasis, que permite ver con claridad la fuerte tendencia hacia la conjugación de los dos

conceptos –investigación e innovación–, dejando en la actualidad completamente claro que la innovación ha mutado su significado, de ser concebida como mera investigación aplicada o desarrollo tecnológico hacia una concepción más schumpeteriana, basada en la relevancia de la investigación o el desarrollo tecnológico concreto en términos del mercado, o desde su implementación e impactos en los niveles organizacional y social.

Desde este modelo, la innovación plantea cuestiones importantes a las universidades, por su papel de centros de formación, creación del conocimiento y escenario potencial de apropiación social y transferencia del mismo. Algunas de estas demandas resultan claves por sus efectos en la definición misma de lo que significan estas instituciones; por ejemplo, la exigencia de que lleven sus invenciones al mercado, se potencie la investigación con el desarrollo experimental (I+D) que permita derivar nuevas aplicaciones en los campos de la ciencia y la tecnología, donde se pueda involucrar la investigación básica, la aplicada y el desarrollo experimental o la cada vez más fuerte exigencia de un intenso relacionamiento universitario con el sector productivo y sus necesidades.

Cada Universidad se encuentra con el reto de mostrar sus Actividades en Ciencia, Tecnología e Innovación –ACTI– en el ámbito empresarial y de mercado, teniendo en claro que la innovación no implica solo la entrada de un nuevo producto al mercado, sino también aquellas mejoras permanentes que se realizan a los productos, los procesos y las operaciones, así como la participación en el diseño e implementación de soluciones a los enormes retos sociales de las sociedades contemporáneas.

En el mundo contemporáneo el conocimiento asume una función instrumental en la generación de la riqueza y el bienestar (Vesga, s.f.); donde la innovación y la investigación, se han visto transformados en renovados motores de la economía del siglo XXI, haciendo imprescindible para las universidades definir el cómo se puede y debe participar de ese proceso. Es por esta razón que resulta relevante acercarse a las relaciones entre estos fenómenos, para poder dar cuenta de sus potencialidades respecto del quehacer universitario.

## 5. INNOVACIÓN Y EMPRENDIMIENTO

Drucker ubica a la innovación como parte de la actividad emprendedora, la cual resulta por ello necesaria para la innovación en las organizaciones. *“La existencia de un espíritu emprendedor determina que la organización utilice sus recursos para crear otros nuevos generadores de riqueza, o bien dote a los ya existentes de un mayor potencial para crearla (...). En el centro de esa actividad emprendedora*

*está la innovación: el esfuerzo de crear un cambio intencional y enfocado en el potencial económico o social de una empresa.*” (Drucker, 1985)

El concepto emprendimiento es tomado del francés *entrepreneur*, representativo de la actitud de algunos sujetos que tienen la capacidad de abordar aventuras económicas riesgosas y en situaciones de incertidumbre; características que son atribuidas actualmente también al término. Fue el economista Joseph Alois Schumpeter, en su *Teoría del desarrollo económico* (1912), quien definió al emprendedor como aquel agente económico que desde la empresa aporta creatividad y produce innovaciones de tipo técnico y financiero en condiciones de riesgo, que afectan el medio competitivo y producen un desenvolvimiento o desarrollo económico irregular, por las inestabilidades que el emprendimiento y sus innovaciones aportan al sistema económico, generando rupturas y cambios cualitativos en el mismo que tienden a afectar significativamente la producción.

A este autor se atribuyen, simultáneamente, la conceptualización de dos asuntos claves para la sociedad del conocimiento: emprendedor e innovador; los agentes de los movimientos contemporáneos hacia el desarrollo económico con base precisamente en las actividades que estos desarrollan: la innovación y el emprendimiento.

Emprendedor (*entrepreneur*) es el individuo “*que lleva a cabo las innovaciones y construye nuevas empresas (enterprise)*” (Rodríguez, s.f.); no necesita inventar el producto o proceso, ni aportar el capital (Schumpeter, 1996). Lo importante del emprendedor es que éste, en el capitalismo, puede actuar sin poseer los medios de producción porque su principal papel consiste en que aporta liderazgo en el proceso empresarial, el cual termina por afectar estructuralmente el capitalismo, al convertir a la innovación en su motor.

Como puede observarse, existe una relación importante entre emprendimiento e innovación, siendo la segunda necesaria para la primera, sin que puedan entenderse separadas dentro del contexto de la producción, al ser el emprendimiento la capacidad y actitud que hacen de la inventiva –que lleva a la innovación– un factor relevante en el proceso económico. Sin embargo, es posible separar tales conceptos. En efecto, puede entenderse el emprendimiento con innovación y sin ella, si se acepta que es posible un emprendimiento sin inventiva. De igual forma, se puede pensar en la innovación ligada al emprendimiento o no: innovación dentro de la empresa, innovación con emprendimiento e invento no comercializado.

La innovación implica que el proceso de conocimiento (ciencia como teoría) se dirija hacia la aplicación (ciencias aplicadas o desarrolladores de tecnología) y además compromete otro elemento: el potencial de industrialización o de mercado. (Schumpeter, 1912: 72); al que habría que agregar actualmente también el de

generación de impactos sociales. Es este el núcleo central del concepto de innovación que permite diferenciarlo de otros procesos de creación, como los inventos o desarrollos en el ámbito estrictamente científico. La innovación *“Es el instrumento específico del empresariado innovador. Es la acción de dotar a los recursos con una nueva capacidad de producir riqueza”* (Drucker, 1989)

## 6. RETOS DE LA INNOVACIÓN PARA LA UNIVERSIDAD

Podría afirmarse que la Universidad desde sus orígenes ha estado ligada a dos ideas fundamentales: una, la de formación profesional de los jóvenes para la satisfacción de las necesidades especializadas del mundo laboral a partir de una adecuada custodia del legado que conforma el saber clásico universal y su correspondiente contextualización y recontextualización local, su difusión y traducción a saberes comprensibles y, dos, la de cultivo del conocimiento, en los escenarios de investigación y producción científica.

Estas dos ideas han demarcado también dos grandes propuestas históricas de Universidad: una con un carácter eminentemente profesionalizante, donde las discusiones y la conformación de comunidades se hace desde lo académico: la difusión y transmisión del conocimiento ya regularizado, la formación de los estudiantes, su profesionalización, la relevancia del papel docente como agente directo en esas labores de conservación y representación de la ley y la cultura (Navarro Mejía)<sup>3</sup>; otra, con un énfasis situado al otro extremo, donde el carácter propio de las instituciones universitarias se centra no ya en la transmisión de saber y de cultura –aunque no se renuncie a ello-, sino en el específico ámbito de la dimensión científica o disciplinar, en el cual lo más relevante es la discusión, producción y puesta a prueba del conocimiento<sup>4</sup>. En este modelo de Universidad encontramos entonces una fuerte preponderancia de la investigación, en sus modalidades de creación de nuevo saber o reconfiguración creativa de saberes previos, mediante procesos de apropiación, problematización y recontextualización de los mismos<sup>5</sup>.

---

3 Se trata, por ejemplo, del modelo propuesto en la Universidad de París con un fuerte énfasis en la formación de profesionales.

4 Al respecto, piénsese en el modelo humboldtiano de Universidad, con un énfasis especial en el problema científico, articulado con el enfoque de una formación para la libertad y la autonomía.

5 Cfr: Bernstein, Basil. Citado por José Granés S. y Luz Marina Caicedo Y. en: Revista Momento. 1997. N.ºs 14-15, págs. 23-32. Así mismo es importante resaltar al respecto la idea de “anfibio cultural” de Antanas Mockus, que ubica al profesor como un mediador entre contextos universales y particulares del conocimiento. Cfr: *Ibid*

Adicionalmente a esto, y quizá por razones exógenas a las propias instituciones universitarias, aunque no por ello fuera de su ámbito de interrogación, quehacer y discusión crítica, como las históricas (piénsese, por ejemplo en la creciente complejización de las sociedades), políticas (la demostrada incapacidad de las instituciones estatales de brindar satisfacción a las cada vez mayores demandas de la sociedad civil), económicas (como la denominada “globalización”, que acentúa de manera notable el poder y la influencia del mercado en las distintas esferas de la vida social, incluso en las universidades y su quehacer<sup>6</sup>), sociales (las realidades de exclusión, desigualdad, violencia o autoritarismo, por mencionar solo algunas, que padecen actualmente las sociedades; en especial las latinoamericanas, respecto de temas como inclusión o pobreza), desde hace algún tiempo se está demandando también a las universidades la preocupación y oferta de soluciones a los múltiples, complejos y diversos problemas sociales del presente.

Esto nos delimita otra idea de la Universidad como centro de discusión de la sociedad (siempre lo ha sido, en cualquiera de sus versiones), pero especialmente como lugar en el cual una de las labores preponderantes tiene que ver con el análisis de situaciones problemáticas de interés social que generen propuestas de mejoramiento e influencia en esta esfera. Aquí, entonces, las labores de la Universidad se hacen extensivas a las problemáticas locales, regionales, nacionales, en distintos ámbitos como la política, la sociedad civil, la empresa, las necesidades tecnológicas, entre otras, y la labor docente se redirecciona, en tanto su compromiso parece descenderse del conocimiento en sí, en tanto transmisor o creador, para reubicarse en una perspectiva que centra la relación con el conocimiento direccionada hacia la conformación de estrategias o cursos de acción que impacten positivamente dichas situaciones problemáticas, encontrando eco a dichas necesidades de transformación en fenómenos como la innovación y el emprendimiento.

Se puede afirmar que en la actualidad, a pesar de la existencia de énfasis distintos entre esas distintas ideas, propósitos o labores de la Universidad, tales instituciones están llamadas a propiciar espacios de reflexión, discusión, crítica e intervención en esos distintos escenarios del hacer universitario y social, a manifestarse públicamente en esos diversos campos que comprometen el conocimiento, como su objeto primordial, y sus diversas relaciones con el mismo.

Como se observó, el país atraviesa por una transformación hacia las denominadas sociedades del conocimiento, lo cual queda explícito en los recientes planes de desarrollo, y puede evidenciarse también en las transformaciones sufridas por el

---

6 Cfr: Oñate, Teresa. Entrevista con Jean François Lyotard. En: A parte rei. Revista de filosofía, en: <http://serbal.pntic.mec.es/~cmunoz11/lyotard49.pdf>

sistema científico del país, ahora Sistema de Ciencia, Tecnología e Innovación, así como la creciente articulación entre las políticas científicas, las educativas y las de desarrollo económico –como las de productividad, competitividad y emprendimiento–, que centran en la producción de conocimiento y la capacidad de los actores para llevarlo al sistema económico-social–, las expectativas país en cuanto al desarrollo nacional en el futuro, donde las funciones de la universidad se ven claramente comprometidas.

En términos generales, la universidad cumple diversas funciones misionales, pudiéndose destacar como principales la docencia, la investigación, la extensión y la gestión universitaria –ésta, como escenario que permite la articulación y desarrollo de las anteriores–. Y se ha entendido que, entre muchas funciones posibles, hay algunas que son propias de su quehacer, y que están ligadas con dichos objetivos misionales. Entre ellas se encuentran la transmisión, difusión y producción de conocimiento y la relación con la sociedad, tanto desde el punto de vista de los profesionales que desde allí regresan a cumplir distintas funciones en el entorno social, como también desde el punto de su comunicación dialéctica con ésta, para aprender de ella, crecer en ella y transferirle conocimientos pertinentes para la resolución de los problemas sociales.

Con las transformaciones globales actuales, y el auge de nuevas tendencias económicas, políticas y sociales que aparejan, la universidad se ha visto cada vez más comprometida con la necesidad de afrontar una creciente serie de demandas externas, relacionadas con su propia pertinencia y su capacidad de aportar en la solución de diverso tipo de problemáticas del entorno. Entre ellas, es tal la diversidad que se hace imposible pensar siquiera en intentar clasificarlas, pero es posible intentar una mirada que ponga el acento en algunos rasgos generales que resultan pertinentes frente al tema de la innovación. Se trata de las demandas respecto de la capacidad universitaria para aportar en el tema del desarrollo económico, a la vez que cumple con sus funciones tradicionales, o la cuestión relativa a la pertinencia de una transformación de los énfasis de estas o de algunas de ellas, dejando de lado algunas de dichas funciones clásicas y focalizándose en nuevos problemas. Así mismo, la expectativa de su aporte en la productividad del país y un mejor relacionamiento con el sector privado productivo, son algunas otras cuestiones puestas en la palestra actualmente, además de las ya tradicionales, enunciadas previamente.

En este contexto, la Universidad de Antioquia no podía ser ajena a las transformaciones del entorno, generando diversas respuestas institucionales también frente a estas problemáticas. Así, desde hace ya varias décadas, la Universidad ha enfocado gradualmente sus esfuerzos en una transformación interna que pueda dar cuenta de los retos planteados en este escenario, asumiendo una fuerte apuesta interna por

consolidar la investigación como uno de sus ejes principales. El plan de desarrollo 2006-2016, Acuerdo Superior 332 del 28 de noviembre de 2006, denominado “*Una universidad investigadora, innovadora y humanista al servicio de las regiones y del país*”, permite observar desde el inicio el propósito de fortalecerse institucionalmente en términos de investigación, innovación y enfoque humanista, sin perder la tradicional condición universitaria –con otros ejes claves, como la docencia y la extensión-, en concordancia con la renovada aspiración de servicio regional y nacional. Adicionalmente, desde su visión se plantea el reto de convertirse en “*la principal universidad de investigación del país y una de las mejores de América Latina*”, con programas académicos “*líderes en el aporte a la transformación socioeconómica del país*”, lo que deja ver también una alineación con los objetivos de los planes de desarrollo nacionales.

Entre estos se encuentran, el diseño y actualización permanente del Sistema Universitario de Investigación, las diferentes convocatorias de investigación, que han sido transformadas en busca de su adecuación a diversas necesidades sociales. Ejemplo de ello es la implementación, desde el año 2009, de las denominadas Convocatorias Temáticas, que buscan impactar en algunos aspectos de coyuntura social relevantes, y que complementan el tradicional esquema de convocatorias de investigación de temática libre. Adicionalmente, se ha fortalecido la participación de estudiantes en los proyectos de investigación, especialmente de Maestría, así como la formación doctoral en la Universidad. Igualmente, el Sistema se transformó mediante: “*la preparación de programas y estrategias adicionales o complementarios a los tradicionales y que marcarán el devenir de los próximos años, como las becas para estudiantes de doctorado y la financiación de estancias postdoctorales en la Universidad; la estructuración y puesta en marcha del fondo para la internacionalización de la investigación; el fortalecimiento del fondo de innovación; la definición de las áreas de conocimiento en un sentido propiamente disciplinar o epistemológico, más que administrativo, como fue posible al modificar el premio a la investigación estudiantil (Acuerdo Superior 296 de 2011) consagrando cuatro modalidades o campos del saber (ciencias sociales, humanidades y artes, ciencias exactas y naturales, ciencias de la salud, e ingenierías y tecnologías), las mismas que comienzan a adoptarse para realizar convocatorias de proyectos de investigación para cada una de estas áreas o programas, y la sensibilización y el diálogo sobre aspectos fundamentales de la estructura y el funcionamiento del sistema de investigación, como la definición y las perspectivas de los grupos de investigación, la ética en la investigación y el sentido de la innovación*”. (Informe Vicerrector, 2012)

Esta serie de transformaciones, y otras que no es posible enumerar en este escrito, por razones de espacio, muestran la aparición e inserción de la problemática de la innovación en la Universidad de Antioquia. La cual, como se observa, ya ha empe-

zado a permear con fuerza la estructura y el quehacer institucional, hacia el objetivo de consolidar la Universidad de Investigación que plantea el Plan de Desarrollo.

Pero en el camino recorrido, aún quedan varias cuestiones claves, que tienen que ver con la cultura universitaria y la necesaria continuidad de las discusiones que permitan clarificar y apropiar algunos conceptos, especialmente el de innovación, así como determinar de manera participativa el rumbo a seguir, partiendo de las capacidades, vocación, compromiso y expectativas conjuntas de los distintos actores universitarios. Para ello, se hace necesaria una clara definición de metas y objetivos que permitan consolidar y discutir una política universitaria de innovación.

Lo anterior en tanto, plantearse una política de innovación para la Universidad, exigiría abordar, reorientar o por lo menos explicitar la ruta de algunas otras políticas universitarias. Por ejemplo: la relación de la innovación con la investigación, teniendo presente que las actuales modalidades de convocatorias que plantea la Vicerrectoría de Investigación ya incluyen la apuesta por procesos de innovación. De igual modo, se requiere articular asuntos importantes que, como se observó, tocan el tema de la innovación; se trata de un direccionamiento claro respecto de lo que se espera en materia de investigación básica, investigación aplicada, desarrollo tecnológico, protección de los derechos derivados de los distintos resultados del conocimiento y la innovación, transferencia de conocimientos y resultados de investigación –tanto desde la Universidad como hacia ésta-, necesidades en cuanto a la articulación entre los resultados de investigación y su puesta en la sociedad o el mercado, los mecanismos de articulación intra-institucional, como por ejemplo las relaciones entre las Vicerrectorías de Investigación y Extensión, especialmente con el Programa de Gestión Tecnológica, entre otras.

## CONCLUSIONES

Como concepto dinámico y en constante reconstrucción, puede afirmarse que la Innovación es una actividad compleja, diversa, pluridisciplinar, que se manifiesta en el espacio social como un proceso que requiere la intervención e interrelación de diversos actores, que implica en muchos casos la introducción al mercado, o la adopción institucional u organizacional del proceso, producto o procedimiento innovador de se trate o su efectiva implementación en un determinado espacio social. Para poder realizarla, en cualquier nivel, se hace necesario realizar actividades de seguimiento del entorno (benckmarking, vigilancia sectorial o tecnológica, entre otras), que dependen de diversas maneras del conocimiento, tanto autogenerado como el que se puede obtener de fuentes externas, que usa el conocimiento como

insumo para la toma de decisiones, implica trabajo colaborativo, se desarrolla en entornos de alto nivel de incertidumbre y con significativas cuotas de riesgo (como la rapidez de su difusión o su impacto en los mercados o públicos objetivo); que genera externalidades sociales (como el aumento no rival del conocimiento disponible, que es altamente costoso de producir pero fácilmente transmisible o que no pueda ser totalmente evaluable en términos de rentabilidad económica a través del mercado); que está sometida a las fortalezas o debilidades del sistema de protección, vulnerable a la imitación; que puede verse afectada por insuficiencia de instrumentos financieros o de gestión fiscal.

Requiere, por su parte, de la intervención pública en diversos escenarios, para garantizar que las empresas mantengan niveles significativos de innovación, por las consecuencias sociales que apareja, así como para permitir que quienes realizan actividades de innovación, especialmente en áreas de investigación básica o en aquellas donde se producen conocimientos puedan valorizar los conocimientos generados y no se desincentive la producción de conocimiento socialmente necesario, en la medida en que no todos los beneficios de la innovación son apropiables por su desarrollador.

Finalmente, para la Universidad, la innovación plantea retos importantes que es necesario abordar y cuya solución puede marcar el futuro de este tipo de instituciones. En cuanto a la Universidad de Antioquia en particular, se observa cómo esta afronta algunos retos importantes, como los aspectos relacionados con la estructura de la investigación, sus relaciones con el sector productivo, la transferencia de conocimiento y el diseño de una política participativa que involucre y delimite con claridad la ruta a seguir en materia de innovación.

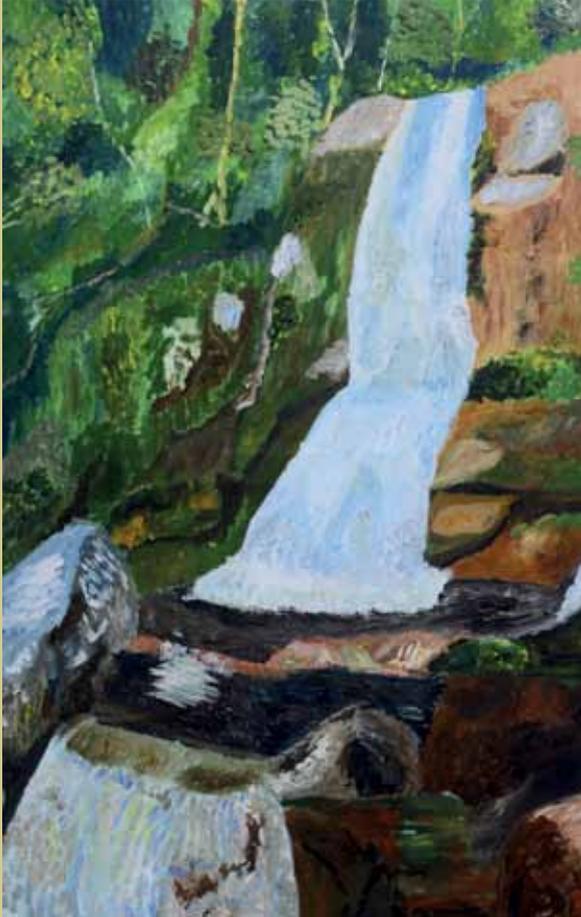
## BIBLIOGRAFÍA

- Adamson Badilla, M. (2011). Interrelación Universidad - sector productivo y endogenización de la I + D: Grandes desafíos y soluciones para un crecimiento sostenido de Costa Rica. In R. y. G. G. Herrera González, José María (Ed.), *Conocimiento, Innovación y Desarrollo*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Álfaro Álvarez, I. (2011). Sistema de Innovación, conceptos y aplicación. In R. y. G. G. Herrera González, José María (Ed.), *Conocimiento, Innovación y Desarrollo*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Álvarez Baldoquin, D. A. H., Yania A.; Rodríguez Paneque, Yolennis. (2007). Factores que dan origen a una innovación (Vol. 11, pp. 1). Available from [http://www.google.com.co/url?sa=f&rct=j&url=http://www.grciencia.granma.inf.cu/vol11/1/2007\\_11\\_n1.a2](http://www.google.com.co/url?sa=f&rct=j&url=http://www.grciencia.granma.inf.cu/vol11/1/2007_11_n1.a2).

- pdf&q=Factores+que+dan+origen+a+una+innovaci%C3%B3n.&ei=-Hj2UaHvBZD-9gSckIDABw&usg=AFQjCNGsVPknfwipwg-AiseDjTknBQC0Bw
- Bankinter-Accenture. (2010). *El arte de Innovar y Emprender: Cuando las ideas se convierten en riqueza*. España: Bankinter.
- Camacho, M. H., Roberto; Azua, Sabín y Astigarraga, María. (2012). *Los Procesos de Innovación al Interior de las Empresas: Una Comparación de las Realidades Española y Uruguaya*. Retrieved from <http://mba.americaeconomia.com/biblioteca/papers/los-procesos-de-innovacion-al-interior-de-las-empresas-una-comparacion-de-las-real>
- Cornejo Cañamares, M. y. M. R., Emilio. (2009). Percepción de la innovación: cultura de la innovación y capacidad innovadora. *Pensamiento iberoamericano*.
- Dinero-Sena, R. (2010). Cartillas para emprendedores. In R. Dinero-Sena (Eds.), *Mentalidad emprendedora* (Vol. 1, Available from <http://unab.edu.co/emprendimiento/dinero-sena/pasos/1-Mentalidad-Emprendedora.pdf>
- Dornberger, U. y. P. V., Carlos Andrés. (2009). *Desafíos en la gestión de la innovación. Enfoque en la etapa temprana del proceso de innovación*. Leipzig: Intelligence 4 innovation.
- Dosal, C. G., Carlos Ignacio y Saracho, Alberto. (2011). *¿Quiénes son los emprendedores innovadores mejicanos? : USAID-Fundación Idea*.
- Drucker, P. (Ed.). (1988). *The discipline of innovation*. (Reprint 98604 ed.).
- García González, F. (2012). *Conceptos sobre innovación: Asociación colombiana de Facultades de Ingeniería*.
- González F, P. C. (2008). *Conceptos básicos de Ciencia, Tecnología e Innovación* (González, Beatriz ed.). Santiago.
- Guillén Pachecho, R. (2011). Hacia un sistema de financiamiento que fortalezca la investigación y la innovación. In R. y. G. G. Herrera González, José María (Ed.), *Conocimiento, Innovación y Desarrollo*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Herrera González, R. (2011). Conocimiento, Innovación y Desarrollo. In A. y. A. U. Rodríguez Herrera, Hernán (Ed.), *Conocimiento, Innovación y Desarrollo*. San José, Costa Rica.
- Herrera González, R. y. G. G., José María. (2011). Conocimiento, Innovación y Desarrollo. In R. y. G. G. Herrera González, José María (Ed.), *Conocimiento, Innovación y Desarrollo*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Hidalgo Nuchera, A. (2011). La gestión de la Innovación como proceso. In R. y. G. G. Herrera González, José María (Ed.), *Conocimiento, Innovación y Desarrollo*. San José, Costa Rica: Universidad de Costa Rica.
- Jaramillo, H. L., Gustavo y Salazar, Mónica. (2001). *Manual de Bogotá, Normalización de Indicadores de Innovación Tecnológica en América Latina y el Caribe* Available from [http://www.uis.unesco.org/Library/Documents/Bogota%20Manual\\_Spa.pdf](http://www.uis.unesco.org/Library/Documents/Bogota%20Manual_Spa.pdf)

- Klerkx, L. y. L., Cees (2009, 2009). Establishment and embedding of innovation brokers at different innovation system levels: Insights from the Dutch agricultural sector. *Technological Forecasting and Social Change*, 76, 849-860.
- Navarro Mejía, D. La construcción de un modelo posible de Universidad.
- OCDE-Eurostat. (2006). Manual de Oslo Available from [http://www.uis.unesco.org/Library/Documents/OECD OsloManual05\\_spa.pdf](http://www.uis.unesco.org/Library/Documents/OECD OsloManual05_spa.pdf)
- OCDE-FECYT. (2002). Manual de Frascati. In F. e. p. l. C. y. l. Tecnología (Eds.) Available from [www.mineco.gob.es/stfls/MICINN/.../ManuaFrascati-2002\\_sp.pdf](http://www.mineco.gob.es/stfls/MICINN/.../ManuaFrascati-2002_sp.pdf)
- Restrepo Zea, J. H. (2012). *Hacia una Universidad de Investigación. Informe de gestión*.
- Rodríguez Herrera, A. y. A. U., Hernán. (2008). Claves de la innovación social en América Latina y el Caribe (Vol. 101, Available from <http://www.eclac.org/cgi-bin/getProd.asp?xml=/publicaciones/xml/2/34682/P34682.xml&xsl=/dds/tpl/p9f.xsl&base=/dds/tpl/top-bottom.xsl>
- Sherwood, R. M. (1997). *Los sistema de Propiedad Intelectual y el Estímulo a la Inversión. Evaluación y comparación de 19 sistemas en países en vías de desarrollo*. Buenos Aires: Heliasta.
- Ugalde-Albsitegui, M. y. Z., V. . (2009, Marzo de 2009). Creatividad e innovación. Nuevas ideas, viejos principios. *Dyna, energía e industria*, 84-2, 128-133.





Título: Cascada  
Técnica: Acrílico sobre lona  
Dimensión: 55 x 90 cm

## ***LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO\****

\* Resultado de Investigación en grupo de investigación.

Fecha de recepción: agosto 12 de 2013  
Fecha de aprobación: octubre 4 de 2013

## LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

*Javier Rascado Pérez*  
*Bernardo García Camino\*\**

### RESUMEN

Desde la visión del Estado liberal, la interpretación de la ley era impensable, ejemplo de ello se manifiesta en el desarrollo de la escuela de la exégesis. Pero la realidad se impuso a este planteamiento, y en la transición al Estado constitucional, el juez adquiere un papel fundamental en la creación del derecho y, ante cada decisión, se enfrenta a un problema. Así las cosas, la interpretación dentro del derecho ha tomado una importancia significativa anteriormente impensable. Surge además el planteamiento del pensamiento problemático del derecho. Ante ello, debemos enfrentar el problema de la interpretación constitucional desde una visión más amplia en cuanto a sus posibilidades, de lo contrario, la Constitución se convertirá en un documento obsoleto y alejado de la realidad social.

**Palabras clave:** Constitución, interpretación, intérprete, técnica.

### THE CONSTITUTIONAL INTERPRETATION IN THE MEXICAN LEGAL SYSTEM

#### ABSTRACT

From the perspective of the liberal state, the interpretation of the law was unthinkable, example of this is reflected in the development of the exegesis school. But reality has set in this approach, and the transition to Constitutional state, the judge takes a key role in the creation of law and, before every decision, is facing a problem. So, interpretation within the law has taken on significant importance previously unthinkable. Thus there is the approach of the problematic thinking of the law. To this, we must face the problem of constitutional interpretation from a broader view about their chances, otherwise, Constitution will become an obsolete document and distant from social reality.

**Key words:** Constitution, Interpretation, Technique

---

\*\* Doctores en Derecho, egresados del programa de Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho en la Universidad Autónoma de Querétaro, México. El presente trabajo forma parte de las investigaciones realizadas en el tema de los autores, dentro del rubro institucional "Constitucionalismo y Poder Público", con la supervisión de los integrantes del Cuerpo Académico Dr. Juan Ricardo Jiménez Gómez, Dra. Gabriela Nieto Castillo y Dr. Enrique Rabell García. Correspondencia de este artículo javierascado@hotmail.com

# LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

*“...el mundo del Estado nacional soberano [...] ha Entrado en su ocaso. La Historia ha continuado Su marcha alejándose de los terrenos donde Arraigaba, que hasta ahora servían como sustrato Seguro de la teoría del Estado y de la Constitución”.*

*Konrad Hesse*

## I. INTRODUCCIÓN

En el Estado liberal, cuyos principios se convierten en soporte de los gobiernos posteriores a las constituciones norteamericana y francesa, la interpretación de la ley era impensable, más aún, una afrenta a uno de los principales sustentos del reciente Estado Moderno. Ello quedó claramente reflejado en la escuela de la exégesis cuya máxima expresión fue el Código Napoleónico. La ley, atendiendo a su origen soberano, era una construcción perfecta a la cual el Juez solamente accedía, de manera mecánica, para impartir justicia por medio de su aplicación. Tal era el planteamiento romántico del sistema normativo.

La realidad nos ha demostrado otra cosa. La transición al Estado constitucional, en donde se persigue no un sistema de reglas sino de principios, el juez adquiere un papel fundamental en la creación del derecho y, ante cada decisión, se enfrenta a un problema.

Con ello, descubrimos que la disposición normativa no es más que un texto en que se plasma la voluntad del órgano creador, con lo que “... el Derecho en la concepción positivista no deja de ser un conjunto de reglas atrasadas, elaboradas las más de las veces por personas sin conocimientos jurídicos y dominados por las pasiones y los intereses” (Rascado, 2007, pág. 25).

Así las cosas, la interpretación dentro del derecho ha tomado una importancia significativa anteriormente impensable. Observamos cómo a partir de la segunda mitad del siglo XIX se pone en evidencia lo insostenible que resulta la inmutabilidad de los

conceptos jurídicos. Sin lugar a dudas un golpe fuerte para la tradición del derecho romano, así como de la Escuela de la Exégesis. Con ello, “los conceptos jurídicos, entonces, son entendidos no como normativos en sí, sino solo como orientadores para el pensamiento jurídico, constituyen a lo más, guías para la delineación simplificada de los problemas” (Modugno, 2004, pág. 69).

Tenemos así el planteamiento del pensamiento problemático del derecho. Desde esta postura, al enfrentarse el intérprete ante la disposición normativa, se encuentra necesariamente ante un problema a resolver, mismo que no atiende a valores lógicos, sino a criterios directivos de la conducta. Es decir, se valora y decide.

Con ello, se genera un gran conflicto con aquellas teorías del derecho que pretendieron sostenerlo como un objeto estático e inamovible, cuya creación había sido de una vez y para siempre. Este paradigma que nos encadenó irremediamente a personajes y momentos del pasado, en donde el “espíritu” del Constituyente se volvió un postulado abstracto de cuyo entendimiento derivaba la existencia y fuerza del texto constitucional, alejó a la Constitución de toda posibilidad de interpretación. Incluso este posicionamiento traiciona en esencia el principio de soberanía popular, ya que al volverse imposible la modificación del texto, la única soberanía existente sería la del pueblo primigenio que dio vida a la Constitución.

La realidad nos plantea otras necesidades y nos impone nuevos retos. Entre ellos, que la nueva conformación multicultural de las comunidades ya no atiende en principio a los postulados que dieron origen a la Constitución y, además, la diversidad de percepciones impone necesariamente que la Constitución otorgue certeza y protección a todos.

Como señala Balaguer, “el sustrato pluralista del Estado constitucional de derecho conlleva una heterogeneidad dentro del sistema jurídico, lo que impide considerar al ordenamiento mismo como algo preestablecido” (Balaguer, 1997, pág. 24).

Ejemplos abundan, tomemos el reciente debate sobre la reforma energética que nos enfrenta a las posibilidades e interpretaciones que se esgrimen en el México moderno, en donde, en lugar de abrir espacios a los intereses políticos y de grupo, se deben generar los canales y mecanismos de diálogo que dentro del sistema jurídico permitan una resolución, no solo válida en cuanto a la emisión del acto, sino además con sustento suficiente para evitar cualquier perspicacia en cuanto a su legitimidad.

Ante este panorama, se torna necesario enfrentar el problema de la interpretación constitucional desde una visión más amplia en cuanto a sus posibilidades, de lo contrario, la Constitución se convertirá en un documento obsoleto y alejado de la realidad social.

## II. DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO CONSTITUCIONAL

La imposibilidad de interpretar el texto constitucional deriva de la concepción misma del Estado liberal. Desde el paradigma del constitucionalismo moderno, resultado del periodo de la Ilustración, la Constitución se presenta como un objeto emanado de un poder cuasi mágico (Constituyente), que por su origen es inmutable e inalterable y, por lo tanto, impensable su interpretación. La Constitución así, se materializa en un documento pétreo que manifiesta los anhelos y aspiraciones de una comunidad de una vez y para siempre. Este modelo, plasmado en las nuevas constituciones escritas, constituye un dogma que gira sobre tres principios fundamentales: soberanía, derechos fundamentales y división de poderes (sin olvidar que estos conceptos van acompañados de otros como lo es la representación popular, ciudadanía, etcétera). Principios que se centran en fijar los límites al ejercicio del poder. Es decir, ante los abusos constantes y reiterados de las monarquías absolutistas, se propone la Constitución como documento fundamental en el cual no solo se plasmen los postulados ideológicos de una comunidad, sino que además se garantice que el ejercicio del poder no será excesivo y encontrará sus límites en el propio texto fundador.

En este periodo, en donde la teoría contractualista del Estado se materializa, el ejercicio del poder no se cuestiona, más bien, el planteamiento es ¿quién ha de ejercerlo?, con lo que se construye otro argumento para su legitimación. Ahora el poder emana del propio pueblo, quien lo ejerce e instituye para su beneficio. No obstante, ante la imposibilidad material de que todos participen en la toma de decisiones, se crea el concepto de la representación, desde la cual, los representantes desentrañarán la voluntad popular y crean en consecuencia todas las normas que contengan dicha voluntad e impongan los límites de la acción colectiva. Ante este postulado, la ley resulta perfecta, pues emana de los detentadores originarios del poder. Con ello, impensable la participación de otro actor ajeno a los representantes. Claramente lo plasmó Montesquieu: "...los jueces de la nación no son, como hemos dicho, más que el instrumento que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar ni la fuerza ni el rigor de las leyes" (Montesquieu, 2001, pág. 218).

Este modelo, por lo tanto, se configura como un sistema de reglas en donde las mismas son creadas por el Legislador como actor soberano y representante de la voluntad popular, y el Juez, un simple aplicador del sistema establecido. Tal es el postulado del constitucionalismo moderno.

En este tenor, desde la misma construcción de la teoría constitucional moderna, surge la figura del poder constituyente, el cual, de facto, por medio de un acto

violento (entendemos por violencia no solamente un acto armado, sino cualquier rompimiento con el modelo establecido) crea la base para la construcción de un sistema jurídico. Ahí la paradoja, un acto ilegal o a-jurídico (en el mejor de los casos) se convierte en el vértice para la construcción del sistema jurídico. El Constituyente así, se convierte en una suerte de ente divino, supremo y superior, que plasma su voluntad en un texto que nos es impuesto de una vez y para siempre. Tal fue el tránsito de las monarquías absolutistas a las democracias constitucionales. Transitamos del dogma cristiano al dogma liberal.

Ante este planteamiento, necesario es precisar que de la Constitución (formal) por sí misma no emana ninguna fuerza. La tradición constitucionalista nos ha hecho percibirla como un documento del cual emana una poder autónomo e incontenible que nos rige. No olvidemos que la Constitución es creación humana, por ende, encuentra su fuerza y vigencia en el reconocimiento que hagamos de la misma, de lo contrario, no dejará de ser una simple hoja de papel con signos impresos. Incluso Hart, desde la filosofía analítica, se manifiesta en el mismo sentido, al sostener que los verdaderos fundamentos del derecho yacen en la aceptación de la comunidad de una regla principal fundamental que asigna a personas o grupos en particular la autoridad para hacer la ley (Hart, 1961).

Es decir, la validez del acto y de la creación normativa atiende en realidad a la aceptación que de manera consensual se hace de la misma, más que por un poder inmanente del propio texto.

Principalmente en los postulados “ideológicos” de estas constituciones, se encuentra quizá el mayor de los límites para la interpretación constitucional, ya que las más de las veces son de carácter abstracto y su significado lo encuentran en la emisión del discurso dominante, el cual por medio de la ideologización de la comunidad se impregna en la conciencia colectiva, lo que convierte en afrenta su posible modificación. La Constitución mexicana, recordemos, encuadra en dicho supuesto.

Sin embargo, el paradigma se ha debilitado encontrando cabida en las voces nostálgicas del pasado de donde surgen demagógicos discursos cargados de emotividad pero obsoletos e imprácticos ante la realidad. Estamos en el trámite de superar el formalismo positivista. Aunque justo es señalar que desde la doctrina y en no pocos sectores políticos y sociales ya se ha superado esta rancia concepción constitucional; son en realidad los menos los que pretenden sostener de alguna manera este viejo postulado.

Ya en el periodo de entreguerras y, de manera más acentuada a mediados del siglo pasado, comenzó la transición en cuanto a la concepción constitucional. Aquel texto supremo cuya finalidad era limitar el ejercicio del poder, transitó a ser un texto jurídico cuya esencia es el otorgamiento y protección de los derechos fundamentales, sin los cuales nos encontraríamos ante cualquier otra figura excepto ante un texto consti-

tucional. La Constitución ya no es entendida como un límite al ejercicio del poder, sino el “...orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, es decir, incluye a la sociedad constituida [...] Este concepto amplio de Constitución comprende las estructuras fundamentales de la sociedad plural...” (Häberle, 2003, pág. 3).

A la luz de las nuevas realidades, con la conformación de sociedades multiculturales en donde se altera la homogeneidad cultural, los postulados rígidos y las fórmulas únicas no ofrecen respuestas ante las nuevas exigencias sociales. Los nuevos planteamientos y retos del mundo global no encuentran cabida en documentos pétreos que pretenden contener la voluntad única e inalterable en el tiempo y el espacio de sus disposiciones. Además, “Las expectativas jurídico-materiales de los diversos sectores sociales, la exigencia del reconocimiento institucional de nuevas relaciones jurídicas que compensen el desequilibrio producido por la acumulación capitalista, el nacimiento de nuevas modalidades de la práctica social y política, chocan contra la esclerotización de un sistema que ya en sus orígenes funcionaba al servicio de las clases dominantes” (Saavedra, 2004, pág. 14).

Por ello, la necesaria transformación en el entendimiento de la Constitución como un documento que debe ser interpretado no desde el “espíritu” del legislador, sino desde la necesidades cambiantes y temporales de la comunidad.

Importante el recuento que Pedro de Vega realiza sobre el tema, quien detecta que en las figuras más significativas de los procesos americano y francés existía la convicción de que la Constitución podía ser susceptible de cambios (De Vega, 2007, pág. 57). Bajo este argumento, es claro que el constituyente del pasado no puede condicionar a futuras generaciones. Aún más, “En la medida en que el constitucionalismo adquiere una proyección histórica cada vez más amplia, y en la práctica se comprueba que las leyes fundamentales, sometidas a la dinámica de la realidad y al panta rei heraclitiano de todo lo viviente, sufren transformaciones inevitables, se generalizará la conciencia de que bajo ningún concepto puede entenderse las como leyes permanentes y eternas. Frente a la idea de inmutabilidad se contraponen entonces la idea de cambio. Porque las Constituciones necesitan adaptarse a la realidad, que se encuentra en constante evolución, porque su normativa envejece [...] su modificación resulta inexorable” (2007, pág. 59).

El Estado liberal ha sido rebasado. Los principios que le otorgaban sustento son insostenibles ante la nueva realidad. ¿Cómo entender la soberanía nacional cuando las economías globalizadas impactan más allá de sus fronteras? ¿Cómo sostener el concepto de ciudadanía sin caer en la exclusión de grandes grupos y actores que no ostentan esta calidad pero sin duda son trascendentes en el nuevo contexto social? ¿Cómo defender la idea de la representación ante la falta de credibilidad y legitimidad de los partidos y actores políticos, que más que atender a los intereses

de sus representados pareciera están preocupados por mantener e incrementar sus cuotas de poder? En esta nueva realidad, se plasma "...la tensión latente entre un derecho constitucional concebido como derecho de las estructuras y de la organización estatal, y un derecho constitucional entendido como derecho de garantías de libertad" (De Vega, 2008, pág. 34).

Aún más, la democracia como instrumento para la toma de decisiones del Estado liberal fue útil en sociedades cuya homogeneidad era tal, que dicha decisión se presentaba como una simple disyuntiva que podía ser resuelta por grandes mayorías, sin embargo, en las nuevas conformaciones sociales cuya principal característica es la pluralidad, la obtención de consensos para alcanzar los acuerdos necesarios en la creación y modificación del sistema normativo, genera que los principios resulten sumamente abstractos, ambiguos y confusos, con lo que la falta de sentido único en el texto constitucional exige la interpretación a la luz de los problemas planteados. Eso sin olvidar, que la nueva conformación social lejos de encontrar aquella identidad general en la que se inscribían grandes capas de la población, ahora se caracteriza por integrarse por pequeñas minorías, que si bien es cierto en ocasiones no alcanzan la representatividad necesaria para su inclusión de la toma de decisiones, también los es que no por ello dejan de existir y exigir participación.

Con ello, podemos afirmar que estamos asistiendo a la destrucción de los principios del constitucionalismo moderno. Estamos en el tránsito de las constituciones rígidas a las vivientes.

Pasamos de la pretensión unitaria y simplificadora del Estado liberal-legal al reconocimiento del pluralismo y la complejidad propia del Estado social-constitucional, con lo que, se genera la transformación que en la concepción de ordenamiento y de la actividad interpretativa se ha dado. Abandonamos el sistema de reglas para ingresar a un sistema de principios, en el cual la autoridad jurisdiccional adquiere un papel trascendental, desplazando de alguna manera al legislador. No en su función representativa, sino en la de creación normativa.

La Constitución se presenta ahora, como un documento viviente que contiene los principios que otorgan identidad a una comunidad, sin condenarla por ello al inmovilismo, sino por el contrario, principios que se irán adaptando por medio de la interpretación que realice la autoridad en la aplicación de sus actos, adecuándose a las exigencias que imponga la realidad.

Como lo plantea Hasso Hoffmann, quien apartándose de la tendencia inmovilista y pétrea de la Constitución sostiene que la eficacia y vigencia de la misma depende de complejos presupuestos, evitando "subjetivarlos bajo el nombre de Estado y de este modo también sobrecargarlos con toda suerte de connotaciones históricas e ideológicas" (Hoffmann).

Los opositores a la reforma constitucional comúnmente acuden a la existencia de principios que otorgan una identidad inmodificable, pero en realidad ¿existirá ésta? Atendiendo a la teoría contractual, si toda una comunidad determinara modificar estos principios supuestamente inalterables ¿no tendría que modificarse el pacto original? O acaso ¿la soberanía correspondió única y exclusivamente a la primera comunidad que celebró el contrato, negando con ello toda posibilidad a las comunidades posteriores, colocándose aquellas por encima de éstas? Pensar de este modo, sería condenarnos al inmovilismo y a la imposibilidad de autodeterminación.

Además, cabe reflexionar, si el término Constitución atiende a la construcción liberal con las características que este modelo le impuso ¿si no se cumplen las mismas nos encontraríamos ante una Constitución? O bien ¿tendríamos que redefinirla?

Tales son los cuestionamientos que se presentan en la actualidad y que parecen estar lejos de obtener respuesta por parte de los románticos del Estado liberal, sin embargo es menester no solo reconocer la necesidad de la interpretación del texto constitucional, sino además fortalecer su parte teórica.

### III. LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

La interpretación jurídica en la actualidad es ampliamente reconocida. Surge si acaso la siguiente pregunta ¿por qué interpretar? Es necesario realizar un pequeño análisis previo a una posible respuesta. Sin pretender un debate teórico o filosófico sobre la naturaleza del derecho, sí podremos coincidir que en el derecho presenta por lo menos dos elementos que han sido ampliamente reconocidos: el derecho se crea en el lenguaje y, donde existe derecho la conducta deja de ser optativa.

Aceptando que el derecho es una construcción lingüística, aceptaremos también que concurren dentro de nuestro objeto de estudio los elementos y problemas del mismo lenguaje. Por ello, deben revisarse aunque de manera somera dichos elementos.

El lenguaje en principio es arbitrario, ya que es una construcción humana que pretende describir la realidad. Pero entre lo dicho y la realidad no existe mayor relación que la aceptación que el sujeto hace de la misma. Además, esta aceptación o entendimiento que del lenguaje se realiza, es consensual. Es decir, los significados se conforman a partir del reconocimiento que una determinada comunidad otorga a los signos lingüísticos o gráficos. Baste como ejemplo las reuniones de la Real Academia de la Lengua Española, que de manera consensual y arbitraria cambia el significado de los significantes, atribuye nuevos significados o bien, crea nuevos significantes.

Además de arbitrario, el lenguaje también es ambiguo, ya que los signos lingüísticos no son unívocos, por lo que no siempre entendemos lo mismo por ellos. Por lo tanto, ya sea en un lenguaje corporal, gráfico o verbal, el sujeto que se enfrenta ante el mensaje necesariamente realiza un trabajo intelectual por medio del cual atribuye significado a las cosas, a las palabras, a las grafías o a los hechos. Sostenemos con ello, que aún cuando se desconozca o se niegue el ejercicio interpretativo, este necesariamente se realiza para poder generar comunicación. Solamente por medio de la interpretación se cumple la función del lenguaje.

El lenguaje en su parte mínima se compone de signos lingüísticos, pasando a los vocablos y finalmente a la construcción de enunciados. Por ello, si sostenemos que el derecho existe en el lenguaje, entonces tenemos que el discurso jurídico se construye por medio de enunciados. Pero no cualquier tipo de enunciados.

Para determinar de qué tipo de enunciados se construye el discurso jurídico, debemos abordar el segundo de los elementos del derecho mencionado con anterioridad: en donde existe derecho la conducta deja de ser optativa, es decir, se vuelve obligatoria. Es de notar que donde existe derecho se pretende regular la conducta de las personas, con lo que, a estas se les permite hacer, se les obliga hacer o bien se les prohíbe hacer. Tales son las posibilidades dentro del sistema normativo, con lo que descubrimos que el discurso jurídico es disciplinador.

Además nos encontramos que dentro de las posibilidades de los enunciados, estos pueden ser expresivos, aseverativos, descriptivos, informativos, interrogativos, descriptivos y prescriptivos. Pero en el discurso jurídico, las únicas posibilidades que existen son las dos últimas. Ello porque el derecho o bien describe por medio de su discurso la realidad, o bien por que prescribe cómo la conducta de las personas debe ser. Con ello, nos encontramos que el discurso jurídico se compone de enunciados prescriptivos y en su caso descriptivo, siendo de mayor importancia los primeros, ya que por medio de su aplicación se impacta en el campo del derecho.

Tenemos, entonces, que para acceder al discurso jurídico tenemos que atribuirle significado a los enunciados prescriptivos que se nos presentan. Aquí la importancia de la interpretación.

Sin pretender realizar un desarrollo etimológico del vocablo interpretación y, mucho menos un desarrollo teórico de este tema, acudiré al significado del término tanto en el lenguaje común como en el jurídico, encontrándonos que interpretar es “dotar de significado, mediante un lenguaje significativo, a ciertos objetos...”<sup>1</sup>

---

1 Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa/UNAM, México, 2007, pág. 2131

El derecho puede presentarse en un sistema escrito, consuetudinario o jurisprudencial, pero de cualquier forma nos enfrentamos ante la posibilidad de diferentes significados, ya sea del texto o bien de los hechos. En todo caso, el intérprete valora y decide.

Dentro de la posibilidad de creación de actos jurídicos en la cadena normativa, siendo esta la que atañe al sistema mexicano, la posibilidad de crear normas inferiores requiere por parte del aplicador elegir una de las diversas posibilidades que presenta el marco normativo. Por ello la necesidad de la interpretación.

La interpretación en principio la puede realizar cualquier sujeto; así por ejemplo, tenemos la interpretación oficial, la que es realizada por el sujeto facultado para ello dentro de la cadena normativa, quien por medio de sus actos creará materiales jurídicos. Tenemos también la interpretación no oficial, dentro de la que se encuentra la doctrinal, misma que aunque puede incidir en la creación de derecho, será ya como acto derivado y no como ejercicio directo de la interpretación.

Para efectos del sistema jurídico y atendiendo a la construcción del derecho positivo, la interpretación válida dentro del sistema jurídico mexicano es la oficial.

Por su parte, en cuanto a las técnicas de interpretación utilizadas y reconocidas por la teoría nos encontramos con distintas clasificaciones o descripciones, coincidiendo prácticamente todos los autores en las mismas, si acaso tan solo con diferencias en cuanto a su mención o clasificación.

En términos generales se pueden utilizar por su sencillez las reglas de la interpretación que formulara Savigny: la gramatical (atiende a la letra), sistemática (atiende al sistema jurídico en conjunto), lógica (atiende a los fines) e histórica (Savigny, 1994, citado por Huerta, pág.449); y por su precisión la clasificación de Guastini (Guastini, 2006, págs. 25-26), para quien existen dos técnicas de interpretación la literal (o declarativa) y la correctora. La primera consiste en atribuir significado al texto atendiendo al significado más común de las palabras (literal), o bien, el sentido que atribuyó la fuente (declarativa).

Por su parte, la técnica de interpretación correctora se opone a la literal ya que se presenta como desviación del significado común de las palabras y, en algunos casos, incluso corrige la voluntad legislativa. Dentro de esta técnica, nos encontramos con la interpretación extensiva, restrictiva, sistemática, adecuada, histórica y evolutiva. La interpretación correctora, siempre por medio del trabajo interpretativo es creadora del derecho, ya que por medio de la interpretación de la disposición normativa se crea la norma.

Ante la dinámica social, resulta insostenible el concepto restringido de la interpretación que pretende limitar la existencia de este ejercicio a textos oscuros o faltos

de claridad, por el contrario, es más admisible la postura contraria que encuentra en la interpretación un ejercicio de voluntad. Es decir, el intérprete al enfrentarse al texto, valora y decide. Y considerando que, “Todo enunciado está dotado no de una sino de varias significaciones entre las cuales se ha de elegir. Esta elección no corresponde a una realidad objetiva, sino que traduce únicamente las preferencias, subjetivas, de quien la realiza” (Troper, 2008, pág. 104).

Como se ha sostenido con anterioridad, el ejercicio interpretativo se realiza siempre que se accede al texto, sin importar que el intérprete asuma o reconozca esta actividad.

Desde esta idea, el intérprete desplaza al autor del texto en la importancia de la construcción normativa. Preciso es señalar que existe una distinción entre disposición normativa y norma. La primera consiste en el texto emitido por la fuente y, la norma es la significación que se genera de dicha interpretación. Con ello se alteran los papeles dentro de la creación de sistema normativo, otorgando mayor preeminencia al tribunal constitucional o, en el caso de nuestro país, al órgano encargado de cumplir esta función.

La interpretación, con ello, no es en un simple ejercicio intelectual mediante el cual se atribuye significado a textos oscuros o poco claros, sino que es un acto de creación o control. El ejercicio interpretativo, adoptando el concepto amplio de interpretación, es el acto mediante el cual, por medio de la atribución de significado, se materializa la creación normativa. Antes tenemos textos, referencias, datos, pero por medio del acto de aplicación del intérprete oficial nos encontramos ante la función creadora de la interpretación: la construcción normativa.

Por último, necesario es abordar un tema que en ocasiones por su obviedad no es considerado, pero resulta de gran trascendencia en la interpretación jurídica: el contexto desde el cual habla el intérprete. Desde el entendimiento del Estado liberal, como ha sido mencionado, el juez se sujeta exclusivamente a lo establecido por la ley, pero desde la perspectiva que sostenemos esto no es posible. Es común que se pretenda la “objetividad” del juzgador cuando se encuentra ante un caso concreto. Que se apegue a la letra de la ley y se despoje por un momento de sus pasiones y emociones. Una exigencia de imposible realización.

El intérprete al enfrentarse a la disposición normativa necesariamente habla desde algún lugar. Desde su cultura, su posición económica, su religión, en fin, desde su percepción de la realidad. Por ello, estos elementos necesariamente influirán en la interpretación que de la disposición normativa realice.

Asimismo, tradicionalmente se ha pretendido que el órgano jurisdiccional no postule posicionamientos de carácter político, ya que este (sostienen), debe despojarse de

cualquier sentimiento o valoración que interfiera con la estricta aplicación de la ley. Este posicionamiento es claramente permeado por el positivismo normativista de Kelsen. Recordemos que este jurista propone la elaboración de una teoría pura del derecho, es decir, una teoría depurada de toda ideología política y de valores morales.

Esto no solo resulta complejo, sino que además es indeseable. Me explico. Dentro de la teoría de la división de poderes regularmente el trabajo político recae en el órgano legislativo y es aceptable en el ejecutivo. En el judicial impensable. Sin embargo, pareciera ser que el concepto desde el principio se ha confundido.

Necesario es precisar que el poder por su naturaleza es indivisible, tan solo se divide, para su ejercicio, en funciones. Es decir, este poder soberano emanado del pueblo se ejerce para lograr los fines del Estado, pero en la pretensión de evitar los excesos en el ejercicio del poder se crea esta división de funciones para generar el equilibrio y la vigilancia mutua. Pero todos en su conjunto representan y materializan los anhelos del Estado. Por ello, sin importar el mecanismo mediante el cual acceden al cumplimiento de su función ni las funciones específicas que realice cada uno de ellos, necesariamente tendrán que tomar decisiones no solo jurídicas, sino, además, de claro carácter político, económico y cultural.

Con ello, podemos concluir que las significaciones dentro del discurso normativo no solamente se generan dentro de un marco jurídico, sino, también, social, político, cultural, etc. Ello no solo resulta de un ejercicio del trabajo interpretativo, sino que además se convierte en elemento indispensable para que encuentren simetría las decisiones judiciales con la realidad social.

#### IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Si bien es cierto es hasta mediados del siglo pasado que se reconoce la posibilidad de la interpretación constitucional, también lo es que la interpretación como actividad es inherente al acercamiento que se realiza al texto. Es decir, siempre que se accede a un texto para su aplicación necesariamente se realiza un trabajo interpretativo.

Como se ha señalado, la interpretación ha adquirido en el estado contemporáneo una importancia anteriormente impensable, incluso para Rubio Llorente (Rubio, 1993) la interpretación no solamente se convierte en el núcleo central de la teoría de la Constitución, sino incluso de la teoría del Estado y la teoría del derecho

Superada la concepción romántica de la Constitución, podemos afirmar que la inmovilidad de la misma resulta impensable. Posiblemente sostengamos en el discurso que la Constitución no puede o no debe ser interpretada, pero al acercarnos

al texto necesariamente realizamos una actividad interpretativa. No reconocer este ejercicio no implica su inexistencia. Ya que, "...la Constitución no es un cuerpo dogmático cerrado en sí mismo que se impone como una verdad revelada y única sobre el conjunto de los operadores jurídicos, sino el resultado de un proceso de conciliación de intereses que se desarrolla y se extiende para renovar, de manera constante esa conciliación y pacificación social" (Balaguer, 1997, pág. 24).

Ahora bien, la modificación a la Constitución puede ser perceptible o no. Ya Jellinek señaló la diferencia que existe entre mutación y reforma constitucional (Jellinek, 1906, citado por Nava Gomar, pág. 804). La reforma atiende a un mecanismo formal, que siguiendo el procedimiento establecido en el propio texto constitucional lo altera. La mutación por su parte, sin alterar el texto, atribuye nuevos significados a la disposición, modificando el entendimiento que se hace de la misma. El primero es procedimiento jurídico, el segundo no necesariamente. En ambos casos, la interpretación funciona como herramienta para la alteración del significado. Con ello resulta insostenible, insistimos, el argumento de inmutabilidad constitucional.

Pretender que la interpretación constitucional debe atender al "espíritu" del Constituyente, es decir, a una realidad social de un tiempo determinado, es condenarnos al inmovilismo. Es permanecer a la sombra de los fantasmas del constituyente.

Aún más, uno de los argumentos para sostener la inmovilidad constitucional es colocar a la Constitución como marco referencial y ente supremo, sin embargo ya no existe cuestionamiento alguno para reconocer el valor normativo de la constitución, con lo cual su aplicación puede ser directa.

Ahora bien, ¿cómo interpretar la Constitución? Aunque esta presenta peculiaridades que la hacen distinta al resto de las disposiciones normativas, atendiendo a su naturaleza y a los órganos encargados de su interpretación, no se aleja de las técnicas que para la interpretación jurídica existen en general, si acaso hay que atender a los elementos que por su naturaleza hacen de la interpretación constitucional un proceso con características distintas.

En principio, la interpretación de la Constitución requiere necesariamente un posicionamiento en cuanto al significado de ésta. Dependiendo de lo que entendamos por Constitución, dependerá entonces la posibilidad de interpretación que podamos realizar.

Si entendemos por Constitución un documento pétreo en donde se manifiesta la voluntad cuasi divina de un poder Constituyente de una vez y para siempre. En donde además debemos respetar el "espíritu" del constituyente y con ello, irremediablemente nos encontramos encadenados a los sujetos y hechos del pasado con el inherente inmovilismo que ello significa, entonces la Constitución no puede

modificarse en su parte medular, es decir: forma de gobierno, forma de Estado y parte dogmática. Además de una serie de principios que se consideran intocables.

Si por el contrario, y siguiendo a Balaguer, descubrimos en la Constitución un orden jurídico fundamental del Estado y de la sociedad, resultado de un proceso de confluencia entre las diferentes fuerzas políticas del Estado que se constituyen, alcanzando además, un consenso acerca de las cuestiones básicas que afectan la convivencia social, forma de Estado, sistema político, división del poder y protección de los derechos fundamentales, además de que consigue encontrar normas de convivencia basadas en el respeto mutuo (1997, pág. 17), entonces la Constitución se puede modificar en todo aquello que sea necesario para garantizar esta pluralidad dentro de una sociedad multicultural, no encontrando más límites que los establecidos por la propia voluntad popular.

Los que entienden a la Constitución de la primera de las formas propuesta, siguen la concepción decimonónica derivada de la construcción del Estado-liberal. Los que por el contrario, se identifican en la segunda, se inscriben a la idea del neoconstitucionalismo, característico de Estado-constitucional.

Por ello la insistencia, pretender la inmovilidad de la Constitución resulta un argumento insostenible. Como se ha insistido, aunque no se reconozca el ejercicio interpretativo, ello no significa que la Constitución siga inalterada. Por lo tanto sostenemos la necesaria interpretación constitucional.

La Constitución debe ser entendida no solo como un documento formal, sino, además, como la relación de fuerzas sociales que dentro de la dinámica contemporánea dan movilidad a la comunidad. Si no adaptamos el texto a la realidad social, la Constitución no dejará de ser un documento que “orgullosamente” pueda ser exhibido en las vitrinas de la historia nacional, sin que ninguna realidad represente.

## V. INTERPRETACIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Como se ha sostenido, la fuerza de la Constitución no surge del texto mismo, ni siquiera incluso del constituyente, sino que es vigente en tanto es reconocida por una determinada comunidad. Por ello, la Constitución para ser considerada como un texto vivo que se corresponda con la realidad de la comunidad a la que dice atender, debe ser modificada para que sus principios y preceptos no sean textos obsoletos que frenen o fluyan a contracorriente de las tendencias de la comunidad.

También se señaló que estos cambios pueden ser formales (reforma) o simplemente mutar el significado del texto. En todo caso, ambos procesos resultan del ejercicio

de la interpretación. Además, atendiendo a los sistemas de defensa de constitucionalidad que se han adoptado en nuestro país, se torna obligatoria la interpretación. Por ello su importancia.

Existen infinidad de posturas doctrinales que contemplan la diversidad del acto interpretativo, lo cierto es que dentro del sistema jurídico mexicano solamente las posibilidades establecidas en el texto normativo son las que podrán ser utilizadas por el intérprete oficial y, en el caso de la Constitución, solamente las que ahí se encuentren plasmadas o bien sean reconocidas.

Existen métodos de interpretación que han sido positivados, otros que son adoptados e influyen en el intérprete sin que este conscientemente lo perciba, pero todos ellos son reconocidos por la teoría.

En cuanto a las posibilidades de la interpretación hay que considerar distintos elementos. Por una parte quién o quiénes son los intérpretes. En principio lo son todos, desde la población en general hasta la Suprema Corte en su función de tribunal constitucional. Sin embargo, no interesa para efectos de este trabajo la interpretación doctrinal o cualquier otra que no genere efectos dentro del sistema normativo. Es decir, aquella que no genere actos válidos dentro de la cadena normativa. Atendiendo a la posibilidad del sistema jurídico mexicano, es la interpretación oficial la que nos ocupa. Desde esta perspectiva podemos señalar como posibles interpretaciones la legislativa, la ejecutiva y la judicial; ello limitándonos a la demarcación de funciones en el ejercicio del poder reconocidas de manera expresa por nuestro texto constitucional.

La Constitución mexicana por su carácter rígido privilegia la reforma constitucional, por lo que es el legislador el principal intérprete. Éste, por medio de la creación legislativa, realiza necesariamente una interpretación de la Constitución (interpretación que podemos considerar política).

Con base en los principios fundamentales que definen la identidad de determinada comunidad, el legislador por medio de la interpretación crea el marco normativo para dar vigencia al texto constitucional conforme a las necesidades que impone la realidad social.

En cuanto a la interpretación que el legislador realiza de la Constitución para la creación del marco normativo, deberá atender siempre a los criterios y principios que la misma establece, ya que siendo la Constitución el marco referencial, se constituye en el criterio hermenéutico que el intérprete (legislador) debe adoptar.

En la práctica, la preeminencia en la facultad interpretativa de la Constitución, le ha sido arrebatada al legislativo por los órganos jurisdiccionales, principalmente

en su función de defensa constitucional, ya que mutan la Constitución por medio de sus resoluciones, como se mostrará más adelante.

En cuanto a la función de creación normativa del órgano legislativo, no existe necesidad de abundar en su funcionamiento e importancia, ya que es por diseño, el órgano de representación popular del que depende la creación del marco normativo que de vida por medio de la legislación secundaria al marco constitucional. A este órgano de carácter político, en donde se representa la pluralidad de una comunidad, se delega la facultad soberana de la creación legislativa.

Sin embargo, sí es de destacar que el poder judicial se ha convertido en un legislador activo; baste observar cómo casi en su totalidad los órganos jurisdiccionales resuelven en torno a jurisprudencias y criterios del poder judicial de la federación, dejando de lado los textos normativos.

Es necesario prestar atención a esta realidad, pues en el sistema mexicano estamos transitando a un sistema jurisprudencial, ya que la práctica judicial requiere de las interpretaciones de la Suprema Corte para que los abogados inicien sus acciones o para que los juzgadores tomen sus resoluciones.

La mención a la disposición normativa aparece ahora, como mero formulismo que se pierde dentro del discurso judicial plagado de interminables tesis jurisprudenciales para lograr el sustento de las resoluciones. Con ello se ha generado una transformación en el sistema jurídico, en el que el poder judicial actúa no solo como el encargado de impartir justicia, sino, además, se convierte en un legislador activo que muta el significado de los ordenamientos jurídicos.

En cuanto a las técnicas de interpretación utilizadas en el acercamiento a la Constitución, se sostuvo que estas son las mismas que para la interpretación jurídica en general, tan solo atenderemos a la complejidad del texto constitucional para realizar el acto interpretativo.

Descartando lo ineficiente que puede resultar la interpretación literal o declarativa (sin negar con ella su posible valía), la interpretación constitucional no puede subsumir, sino que debe consistir en valorar y decidir. Por ello la apuesta para que la interpretación correctora se imponga dentro de la interpretación constitucional, permitiendo la adecuación de la Constitución formal a la material.

Ahora bien, en todo caso, deberá de atenderse al supuesto que se presente, para considerar la técnica que mejor pueda resolver el problema que se plantea. Cuando, por ejemplo, la disposición sujeta a interpretación pretenda limitar el ejercicio del poder, podrá utilizarse la técnica restrictiva para disminuir las facultades de la autoridad; por el contrario, cuando se pongan en juego los alcances de los derechos

fundamentales, podrá realizarse una interpretación extensiva para buscar mayor amplitud dentro de la protección individual.

Por su parte, la técnica evolutiva es altamente eficiente para la interpretación constitucional, toda vez que pretende que corresponda la disposición normativa no con la voluntad del autor, sino con la realidad del intérprete. Con ello, mantendremos un texto constitucional más eficaz.

Así también la técnica adecuadora podrá ser utilizada en la medida en que se adapte a disposiciones de carácter supranacional, como los tratados internacionales.

No obstante los ejemplos señalados, en la interpretación constitucional deberán considerarse todas las técnicas existentes y reconocidas por el sistema jurídico, pero en todo caso tendrá que realizarse una valoración de la disposición en cuestión. Recordemos que el intérprete valora (la disposición a interpretar) y decide (la técnica interpretativa y el significado atribuible al texto).

Es incuestionable el ejercicio interpretativo en la aplicación del derecho, como también lo es la importancia que en la actualidad se le otorga en México. La propia Constitución como marco referencial, prevé su propia modificación y los mecanismos formales (mas no materiales) para su reforma.

La dinámica actual, en donde la constante transformación social exige respuestas a la luz del texto fundamental y en donde, además, las estructuras institucionales no responden a la conformación política del país, enfrentando con ello a las instituciones sobre las competencias que le son atribuidas, la defensa constitucional se convierte en el mecanismo idóneo para la redefinición del texto constitucional a luz de la nueva realidad.

Con ello la Suprema Corte, en ejercicio de la función de tribunal constitucional, adquiere un papel transcendental en la interpretación del marco referencial. Interpretación que, cabe señalar, en la práctica invade la competencia del legislador convirtiéndolo en legislador activo.

Además la Suprema Corte en su función de defensa constitucional es el intérprete último de la Constitución. Con ello sus resoluciones son inatacables y el significado atribuido al texto constitucional se torna obligatorio para todo el sistema jurídico. Con lo que es indudable que la jurisprudencia se ha convertido en una fuente directa del derecho, cuestionando con ello la verdadera división de funciones en el ejercicio del poder.

No pretendemos la desaparición de la función de defensa constitucional, por el contrario, solamente con la existencia de esta podrá garantizarse el cumplimiento de la Constitución y su adecuación a la realidad social. Tan solo se propone delimitar la

función interpretativa del tribunal, para que, por medio del ejercicio interpretativo, no legisle generando una clara invasión de competencias. Aún más, con el modelo adoptado en nuestro país, en donde el máximo tribunal de justicia también está facultado para la interpretación constitucional, se corre el riesgo de convertirse en juez y parte en las controversias planteadas. Por ello, un avance sustancial sería la creación exclusiva de un tribunal de defensa constitucional.

## VI. LOS LÍMITES DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

Hablar de la interpretación constitucional nos lleva necesariamente a precisar cuáles son los límites de la reforma constitucional. Estos no deben ser entendidos como la imposibilidad de modificación constitucional, sino solamente como un límite procedimental. Los límites existen en la creación e interpretación de la legislación secundaria, ya que ésta, por jerarquía, no podrá ser contraria a la norma de referencia, sin embargo la propia Constitución no podrá sujetarse a los mismos límites.

Desde el planteamiento realizado en el presente trabajo y, ante la existencia de un mundo en constante transformación en que la multiculturalidad impone uno de los nuevos desafíos de la convivencia en sociedad, la Constitución, ahora más que nunca, se entiende no solo como un documento que plasme las ilusiones, anhelos, aspiraciones y frustraciones de un determinado grupo, sino, además, como los factores reales del poder y la dinámica misma de la comunidad, con lo que debe abandonarse la postura ingenua de la inmovilidad constitucional. Por ello los límites de la reforma constitucional no podrán entenderse más que como aquellos mecanismos y formas que la propia dinámica social imponga para la armónica convivencia.

Es decir, pretender la existencia de postulados constitucionales que resulten inalterables, es tanto como desconocer uno de los principios fundamentales que defiende la Constitución: la soberanía. Si ésta, como se ha defendido, es de la cual emana el poder y la voluntad para la construcción del Estado, por lo mismo, y en ejercicio de esa misma voluntad, podrá y deberá alterarla para que se materialicen sus ideales.

No debe ser utilizado el argumento de la inmovilidad, ya que en él va implícito el desconocimiento a la voluntad popular y el postulado soberano. El principio liberal se traiciona a sí mismo.

No podemos pretender fijar límites a la interpretación constitucional, aunque es cierto que en la práctica pueden generarse planteamientos de carácter complejo que coloquen en entredicho la posibilidad de la interpretación constitucional. Por ejemplo, ¿podría modificarse el artículo 135 de la Constitución Política de los Es-

tados Unidos Mexicanos en el sentido de que se impida la reforma de la misma? Este, indudablemente, es un cuestionamiento complejo, ya que pareciera ser claro que de permitirse esta posibilidad se traicionaría el “espíritu” del Constituyente, sin embargo, desde un planteamiento exclusivamente de actos de validez, por supuesto que podría realizarse la reforma. Aún más, ¿por qué establecer límites a las decisiones soberanas de la población?

La nueva dinámica social, la evolución misma de los sistemas jurídicos y, sobre todo, la construcción de un nuevo marco teórico constitucional en donde el otorgamiento, protección y defensa de los derechos fundamentales son el eje del texto constitucional, marcan la pauta para un nuevo entendimiento del marco referencial, en donde el texto no se convierta en un documento rígido que condene a las generaciones presentes y futuras a los hechos e ideales del pasado. Entender la interpretación no solo como una actividad mediante la cual de manera consciente se altere el texto constitucional o se mute su significado. Sino, además, entender la interpretación como un acto inherente al acercamiento que se realiza al texto constitucional, con lo que, necesariamente, al acceder a él, por ese simple hecho se modifica.

Es urgente que vivifiquemos la vida constitucional de un país que se enfrenta ante retos de pluralidad y convivencia de respeto. Un país en donde conviven las voces de un pasado triunfante en el movimiento violento que inició con el mismo proceso de independencia, con la de aquellos que fueron derrotados. Rebasar aquellas voces que pretenden exaltar y añorar las virtudes de un pasado que no fue, y tampoco reivindicar un pasado que pudo haber sido. Debemos construir un nuevo entendimiento de nuestra realidad, sin pretender con ello olvidar los orígenes, pero definitivamente sin encadenarnos a ellos.

Establecer límites formales a la interpretación constitucional, pero definitivamente descartar aquellos de carácter material. Evitar caer en la formulación de cláusulas pétreas que alejan al Estado del verdadero fin para el cual fue concebido, traicionando, además, los principios que le dieron sustento.

Obviamente en nuestro país, atendiendo que contamos con una constitución rígida, tienen que seguirse, para su reforma, necesariamente los procedimientos establecidos. Por ello, tendremos que respetar y contar siempre con límites formales para la reforma constitucional.

En cuanto a los límites materiales, sin bien proponemos que no se incluyan cláusulas pétreas, no por ello debemos admitir una interpretación libre del texto constitucional. En todo caso la interpretación generada debe incluir la parte de la objetivización, es decir, razonar y dar elementos argumentativos que sustenten y permitan legitimar los enunciados del intérprete. Y sobre todo, legitimar la reforma constitucional, por medio del reconocimiento que dentro de la población se le pueda otorgar.

## VII. CONCLUSIONES

La dinámica contemporánea enmarcada por una economía globalizada, medios de comunicación al alcance de todos, desplazamientos masivos de personas, etcétera, son algunas de las motivaciones de la transformación social. Ello, incide necesariamente en el modelo del Estado y de la teoría constitucional. Lejos nos encontramos de los postulados románticos que dieron sustento al modelo del Estado moderno, cuyas características estaban enmarcadas en la inmovilidad y la renuencia a la transformación, características del paradigma de la Ilustración. Sin embargo, son prácticamente todos los países del pensamiento occidental los que dieron cuenta de esta nueva realidad, por lo que se abocaron a la tarea de encontrar una nueva explicación de la realidad. Ello ha llevado a la construcción de la nueva teoría constitucional o propiamente del neoconstitucionalismo.

Aunque no son pocas las voces del pasado que se han quedado impávidas ante la inevitable transformación de su entorno y se impone de manera sistemática pero poco razonada el discurso de sostenimiento del viejo paradigma, en donde la transformación no solo es mal vista, sino que, además, se convierte en una afrenta, un pensamiento traidor que solo puede ser digno de herejes o “vende patrias”, lo cierto es que encuentran más sustento en la añoranza del pasado, que en razonamientos válidos.

Ahora se impone una nueva concepción de la teoría constitucional. Con ello, la interpretación se vuelve una actividad insalvable en la búsqueda de que el marco normativo atienda a la realidad social. La interpretación es una actividad que de manera consciente o no, altera de manera formal o no, el significado del texto constitucional.

La interpretación es una actividad necesaria que actualiza el texto constitucional a la realidad de la comunidad que la reconoce. Recordemos que sin este reconocimiento la Constitución sería un simple texto.

La actividad interpretativa en nuestro país no solo es reconocida, sino que, además, es una práctica constante y vital dentro del sistema jurídico, sin la cual no habría producción normativa, encontrándonos ante la inexistencia de un Estado de derecho.

Esta actividad en origen corresponde al poder legislativo quien por medio, ya sea de la creación de la legislación secundaria, o bien de la reforma a la Constitución en su función de constituyente permanente, da vitalidad al texto constitucional al pretender, por lo menos, su adecuación a la realidad social. No obstante, esta actividad interpretativa es más dinámica desde la propia función de defensa constitucional, ya que la nueva realidad política de nuestro país, en donde las funciones del poder

se enfrentan constantemente por el diferente entendimiento que de la Constitución realizan, la Suprema Corte se convierte en un legislador activo. Con lo que pareciera que la creación normativa se ha delegado al órgano jurisdiccional.

Por medio de la interpretación parece que el intérprete constitucional, más que en defensor del constituyente, se convierte en su sustituto. Esto en todo caso no es negativo, tan solo pretende afirmar una realidad.

Por ello solamente queda proponer que se encuentren los mecanismos necesarios para controlar la propia actividad interpretativa, ya que en la actualidad la Suprema Corte puede convertirse en juez y en parte, ejerciendo, además, una facultad trascendental en donde pudiera confundirse la función de interpretación con la de creación normativa,<sup>2</sup> alterando con ello el equilibrio en las funciones del ejercicio del poder.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Balaguer Callejón, María Luisa, *Interpretación de la Constitución y ordenamiento jurídico*, Prólogo de Peter Haberle, Tecnos, Madrid, España, 1997.
- Carbonell, Miguel (Compilador), *Teoría de la Constitución. Ensayos Escogidos*, Porrúa-UNAM, México, 2008.
- De Vega, Pedro, *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*, Tecnos, España, 2007.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo (Coordinador), *Interpretación constitucional*, Tomos I y II, Porrúa, México, 2005.
- Garzón Valdés, Ernesto y F.J. Laporta (editores), *El derecho y la justicia*, Trotta, España, 2000.
- González Martín, Nuria (coordinadora), *Estudios jurídicos en homenaje a Marta Morineau*, T II: Sistemas jurídicos contemporáneos. Derecho comparado. Temas diversos.
- Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, Porrúa, México, 2006.
- Hart H. L. A. *The Concept of Law*, Londres 1961, mencionado en DWORKIN, Ronald, *El imperio de la justicia*, Gedisa, España, 1992.
- Hofmann, H. *Von der staatssoziologie der Verfassung?*, citado en DENNINGER, Erhard y Grimm, Dieter, *Derecho constitucional para la sociedad multicultural*, edición y traducción de Ignacio Gutiérrez, Trotta, Madrid, España, 2007.

---

2 En la actualidad para ningún litigante pasa desapercibido que los litigios más que en fundamentos legales, están sustentados en tesis jurisprudenciales por parte de los abogados, y por los mismos que jueces que en sus sentencias hacen hincapié en éstas. Parece ser, que ante la falta de jurisprudencias el órgano decisor no encuentra respuestas para el caso que se le presenta.

- Marmor, Andrei, *Interpretación y teoría del derecho*, Gedisa, Barcelona, 2001.
- Modugno, Franco, *Teoría de la interpretación jurídica*, FUNDAp, México, 2004.
- Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, Tomos I y II, Gernika, México, 2001.
- Rascado Pérez, Javier y Zapata Martínez Jacqueline (Coordinadores), *Pensar el derecho*, FUNDAp, México, 2007.
- Ribeiro Toral, Gerardo, *Verdad y argumentación jurídica*, Porrúa/Tribunal de lo Contencioso Administrativo del Estado de Guanajuato, México, 2006.
- Troper, Michel, *La filosofía del derecho*, Tecnos, España, 2008.
- Vázquez, Rodolfo (Compilador), *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Fontamara, México, 2006.
- Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, España, 2009





Título: Bodegón 2

Dimensión: 24 x 33 cm

## ***LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR***

### ***LAS GARANTÍAS DE CALIDAD, IDONEIDAD, Y SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS\****

- \* El presente artículo hace parte de la investigación “*el incumplimiento en la compraventa en materia civil, comercial y la responsabilidad civil en el nuevo estatuto del consumidor*”, adelantada por el Grupo de Investigación en Derecho – GRID – de la Universidad Pontificia Bolivariana y en la cual el autor participó como pasante de Investigación de la Especialización en Responsabilidad Civil y Seguros. El proyecto de investigación fue dirigido por el Dr. Javier Tamayo Jaramillo y fue adelantado entre los meses de febrero de 2012 y febrero 2013.

Fecha de recepción: agosto 21 de 2013

Fecha de aprobación: octubre 14 de 2013

## LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR

### LAS GARANTÍAS DE CALIDAD, IDONEIDAD, Y SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS

*Daniel Ossa Gómez\*\**

#### RESUMEN

La expedición de la Ley 1480 de 2011, ha generado todo tipo de expectativas en el país. Desde quienes esperan la solución mágica a todos sus problemas, hasta quienes creen que por errores técnicos y falta de claridad se ha eliminado de tajo la poca protección que tenían los consumidores colombianos hasta el momento. La presente investigación pretende estudiar las múltiples disposiciones de este nuevo Estatuto, para concluir cuáles son los cambios verdaderamente introducidos al régimen de responsabilidad civil de productores y proveedores frente al consumidor. En esta ocasión, se estudiarán las modificaciones y consecuencias que la nueva regulación sobre garantías de calidad, idoneidad y seguridad de los productos implica en el ordenamiento jurídico colombiano.

**Palabras clave:** Responsabilidad Civil, Derecho del Consumo, Consumidor, Ley 1480 de 2011, Garantía de Productos.

#### CIVIL RESPONSIBILITY IN THE CONSUMERS LAW.

#### QUALITY, SUITABILITY AND SECURITY GUARANTEES OF THE PRODUCTS

#### ABSTRACT

All kind of expectations have been created by the enactment of the Act 1480 of 2011 in Colombia. While some expect a magic solution to all of their problems, others believe that this Act, due to technical errors and lack of clarity, has destroyed the scant protection consumers used to have. This investigation, composed by different papers, pretends to study the new Consumer's Statute, in order to conclude which are the real changes introduced by the Act, in the Colombian liability system for producers and suppliers. In this opportunity, we will refer to the changes and consequences that this new regulation has brought related to the guarantees of quality, suitability and product safety.

**Key Words:** Civil Liability, Consumer Law, Consumer Law 1480 of 2011, Guarantee of quality, Product suitability, Product safety

---

\*\* Abogado de la Universidad Pontificia Bolivariana. Pasante de Investigación de la Especialización de Responsabilidad Civil y Seguros de la misma universidad, y abogado litigante de la firma Tamayo Jaramillo & Asociados, presidida por el Dr. Javier Tamayo Jaramillo, desde el 1 de febrero de 2011. Correo electrónico [danielossagomez@hotmail.com](mailto:danielossagomez@hotmail.com)

# **LA RESPONSABILIDAD CIVIL EN EL ESTATUTO DEL CONSUMIDOR**

## **LAS GARANTÍAS DE CALIDAD, IDONEIDAD, Y SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS**

### **INTRODUCCIÓN**

El presente artículo es fruto de la investigación exhaustiva de normas, jurisprudencia y ensayos científicos realizados en el país sobre los derechos del consumidor en Colombia antes de la entrada en vigencia de la Ley 1480 de 2011, que al ser contrastados con la nueva regulación del denominado “*estatuto del consumidor*” a la luz de los principios generales de la Responsabilidad Civil, permitieron llegar a conclusiones sobre los cambios realmente introducidos por el nuevo estatuto a la responsabilidad de los productores y proveedores frente a los consumidores colombianos. Estas conclusiones, han sido plasmadas en una serie de artículos referidos a los diversos temas que regula la Ley 1480 de 2011.

Luego de haber analizado el ámbito de aplicación del nuevo estatuto del consumidor (Ossa, 2013), conviene ahora, en esta segunda entrega de la investigación, analizar los cambios introducidos en el ordenamiento jurídico colombiano por la Ley 1480 de 2011 en uno de sus puntos neurálgicos: la garantía de calidad, idoneidad y seguridad de los productos.

Para el efecto, nos permitiremos estudiar inicialmente el régimen existente en materia de calidad, idoneidad y seguridad de los productos antes de la entrada en vigencia del estatuto (Sección I), para posteriormente detenernos a analizar los principales cambios y modificaciones establecidos con la expedición de la Ley 1480 de 2011 (Sección II), y finalmente, esbozar las conclusiones que dicho estudio habría arrojado (Sección III).

### **1. LA SITUACIÓN PREVIA A LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1480 DE 2011**

Previo a la expedición de la Ley 1480 de 2011, existían tres tipos de garantías diferentes y claramente diferenciables, instauradas como medios de protección al

consumidor. Tenían diferente sustento normativo, y cada una de ellas versaba sobre un objeto distinto. Ellas eran: la garantía de calidad, la garantía de idoneidad o eficiencia, y la garantía de seguridad. esta última, había sido establecida en nuestro ordenamiento mediante el reconocimiento de la responsabilidad de productores y proveedores por los productos defectuosos que pusieran a circular en el mercado (Tamayo, 2009; Arango, 2012).

Procedamos entonces a explicar qué debe entenderse por cada una de estas garantías (1.1), para luego de realizar un repaso histórico por las instituciones que al respecto han sido creadas en nuestro ordenamiento (1.2), analizar en qué consistía cada una de las regulaciones existentes hasta antes de la entrada en vigencia de la Ley 1480 de 2011 (1.3., 1.4. y 1.5).

### 1. 1. Definición

En su sentido más básico, la garantía de calidad consiste en que el producto contratado tenga las características, propiedades o componentes que son ofrecidas o inherentes al bien o servicio que se adquiere, disfruta o utiliza; esto es, que el producto adquirido sea realmente lo que se ha ofrecido, o lo que debe ser según su naturaleza. La garantía de idoneidad o eficiencia es que el producto sirva para satisfacer las necesidades para las cuales ha sido producido, distribuido o comercializado; esto es, que tenga la aptitud necesaria para satisfacer las necesidades para las que se creó o comercializó. Finalmente, la garantía de seguridad es que el producto no sea irrazonablemente peligroso, que no conlleve riesgos irracionales a la salud o integridad de los consumidores, por lo que la doctrina y la jurisprudencia han acuñado el término “*producto defectuoso*” para aquellos bienes o servicios que no cumplen con esta razonable seguridad que se espera de él, sea porque este ha sido incorrectamente diseñado, mal fabricado o indebidamente presentado.

Un ejemplo que puede ayudar a clarificar el asunto, es el de un reloj de oro (Tamayo, 2009). Si el reloj ofrecido no resulta siendo de oro sino de acero bañado en oro, este no cumple con la garantía de calidad, al no cumplir con las características ofrecidas o inherentes al bien. Si el reloj sí es de oro, pero se adelanta cada 15 minutos y no da la hora correctamente, el reloj adolece de un vicio de idoneidad, pues no es apto para satisfacer la necesidad para la cual ha sido producido, distribuido o comercializado. Finalmente, si el reloj sí es de oro, sí da correctamente la hora, pero por una extraña aleación del oro con mercurio o plomo, el reloj intoxica y envenena a quienes lo usan, el producto es defectuoso, al no ofrecer la razonable seguridad en la vida o integridad de los consumidores, que el mercado espera de él.

Es importante tener clara la diferenciación entre cada una de estas garantías, porque dependiendo de ello varía el tipo de acción ejercida, los términos para ejercitarla y la forma como puede hacerse responder al productor o proveedor.

## 1. 2. Evolución Histórica

Las primeras garantías en la compraventa de productos fueron establecidas desde el derecho romano, como obligaciones del vendedor en los casos en los cuales la cosa vendida tuviese vicios ocultos que afectaran su funcionamiento, o porque se perdía la posesión de la cosa por medio de sentencia judicial (saneamiento por vicios redhibitorios y evicción, respectivamente).

Estas garantías, fueron recogidas por Don Andrés Bello en su proyecto de Código Civil Chileno (1853), posteriormente adaptadas a nuestro Código Civil (1887) en la regulación consagrada en los artículos 1893 a 1927. Sin embargo, fue solo hasta 1971 con la expedición del “nuevo” Código de Comercio Colombiano, que empezó a hablarse propiamente de garantías del comprador en la compraventa, al consagrar expresamente en los artículos 932 y siguientes, las primeras garantías de calidad e idoneidad de los productos vendidos, como la llamada garantía de buen funcionamiento.

Estas garantías, ni siquiera tienen origen en el derecho del consumo, sino en el derecho comercial, como obligaciones del vendedor frente al comprador en un contrato de compraventa mercantil. Lo anterior significa que se extiende a todas las personas que realicen este tipo de contratos, sin importar si entre ellos existe o no una relación de consumo, pero al mismo tiempo, se aplica exclusivamente a los contratos de compraventa comercial, por lo que deja de lado otros importantísimos contratos en el tráfico mercantil actual.

Posteriormente, con la expedición del decreto 3466 de 1982, luego conocido como Estatuto del Consumidor sin ser tal<sup>1</sup>, se intentó establecer una garantía mínima presunta de calidad e idoneidad a todo bien o servicio que se contrate en una relación de consumo, pero como se verá posteriormente, resultó siendo inoperante.

---

1 En realidad el Decreto 3466 de 1982 no fue concebido como un Estatuto del Consumidor, sino como una regulación sobre garantías de productos, signos distintivos, propaganda y fijación pública de precios. Casi 10 años después de expedida la norma y por vía jurisprudencial, siguiendo la creciente presión internacional de brindar protección a los consumidores, se hizo un inventario de las normas existentes sobre derecho del consumo. Al percatarse que era esta disposición la que contenía mayores disposiciones al respecto, y que contenía normas de la responsabilidad de los productores expendedores y proveedores, se le puso la etiqueta de *estatuto del consumidor* (Ossa Gómez, 2011).

Finalmente, y a partir de la consagración expresa del artículo 78 de la Constitución Política<sup>2</sup>, la jurisprudencia colombiana comenzó a desarrollar paulatinamente estas garantías, hasta que en la famosa jurisprudencia de 30 de abril de 2009, la Corte Suprema de Justicia (2009a) reconoció directamente, la existencia en nuestro ordenamiento de una garantía de seguridad de los productos, al establecer un marco general de aplicación de la responsabilidad por productos defectuosos.

### 1. 3. Las garantías de calidad e idoneidad del Código de Comercio

Como se expresó anteriormente, la primera vez que empezó a hablarse propiamente de garantías de calidad e idoneidad de los bienes o servicios contratados fue en el Código de Comercio (1971), a través de la regulación de las obligaciones del vendedor en la compraventa mercantil. Al respecto, los artículos 932, 933 y 934 C.Co., son los encargados de regular las mencionadas garantías.

El primero de estos artículos, el 932 C.Co., establece la denominada garantía de buen funcionamiento, que no es más que una garantía de idoneidad de la cosa vendida (Tamayo, 2009; 2012). Al respecto, señala la mencionada disposición que en aquellos casos en los cuales el vendedor garantice por determinado tiempo el buen funcionamiento del objeto de la compraventa, el comprador podrá reclamarle por cualquier defecto de funcionamiento que se presente durante dicho término, dentro de los 30 días siguientes a aquel que lo haya descubierto, so pena de caducidad. Establece que a falta de pacto expreso sobre el término de la garantía, esta sería de 2 años, contados a partir de la fecha del contrato, y que corresponde al vendedor indemnizar la totalidad de los perjuicios causados por cualquier vicio de funcionamiento que sea oportunamente reclamado por el comprador.

Esta garantía, que al principio parecería muy limitada por extenderse exclusivamente a los eventos en los cuales el vendedor “*garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida*” se corrige en el artículo siguiente (933 C.Co.) al establecer que se presumen vendidas con garantía las cosas que se acostumbra a vender de este modo. Así las cosas, existía una verdadera garantía

---

2 Cfr: Constitución Política de Colombia, Artículo 78. La ley regulará el control de calidad de bienes y servicios ofrecidos y prestados a la comunidad, así como la información que debe suministrarse al público en su comercialización.

Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios.

El Estado garantizará la participación de las organizaciones de consumidores y usuarios en el estudio de las disposiciones que les conciernen. Para gozar de este derecho las organizaciones deben ser representativas y observar procedimientos democráticos internos.

de idoneidad presunta en los bienes sometidos a compraventa mercantil, en la que absolutamente nada exoneraba de responsabilidad al vendedor. Se estableció así una responsabilidad civil objetiva y reforzada (Tamayo, 2007), por cuanto no solo no podría exonerarse de la misma demostrando diligencia y cuidado, sino que ni siquiera la ocurrencia de una causa extraña podría liberarlo.

Si bien esta garantía tenía varios problemas, como un plazo de caducidad muy corto (30 días luego de descubierto el defecto), ser restringida exclusivamente a la compraventa mercantil de bienes o servicios, y dejar abierta la discusión de cuáles son las cosas que se acostumbra vender con garantía; ésta, ofrecía un término de garantía relativamente amplio (2 años), permitía que se reclamara por cualquier clase de perjuicio ocasionado al comprador por el defecto de funcionamiento del bien, y hacía que el vendedor respondiera por absolutamente todo imperfecto en el funcionamiento de la cosa vendida, al no poderse exonerar ni siquiera por una causa extraña (Tamayo, 2007).

Del mismo modo, el artículo 934 C.Co., estableció la obligación en cabeza del vendedor, de responder por todos los vicios o defectos ocultos de la cosa, cuando su causa sea anterior al contrato, y al haber sido ignorados sin culpa del comprador, hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato. En este caso, el comprador tendría derecho a pedir una rebaja en el precio o la resolución del contrato, y solo tendrá derecho a la indemnización de los demás perjuicios ocasionados en el evento en el cual el vendedor hubiese conocido o debido conocer el vicio de la cosa vendida al momento de la celebración del contrato. Este régimen no introdujo grandes cambios al saneamiento por vicios redhibitorios de que trata el Código Civil en los artículos 1419 y siguientes, sino que, por el contrario, se aplica en lo no regulado según la remisión general que hace el artículo 822 C.Co., al Código Civil<sup>3</sup>.

Si bien podría pensarse que dicho artículo consagraba una garantía de calidad de la cosa, la norma, al exigir que dichos vicios ocultos "*hagan la cosa impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato*", consagra una garantía adicional de idoneidad, y no una de calidad. En este orden de ideas, la única garantía que tendría el comprador en caso de un defecto de calidad de la cosa, sería una nulidad del contrato por error en una calidad esencial del objeto sobre el que

---

3 Cfr: Código de Comercio. Artículo 822. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley.

versa el contrato, pero no hace falta profundizar en las razones por las cuales esto sería completamente ineficaz en el ámbito del derecho de consumo.

No obstante lo anterior, el artículo 939 C.Co., señala que una vez entregadas las mercaderías vendidas, “*el comprador no será oído sobre defectos de calidad o faltas de cantidad toda vez que las haya examinado al tiempo de la entrega y recibido sin previa protesta*” por lo que podría pensarse que el comprador sí tenía una acción para reclamar por los defectos de calidad del bien o servicio vendido, aunque no se indique en la norma la forma en que podría ejercitarse este derecho.

#### 1. 4. La garantía “mínima presunta” del Decreto 3466 de 1982

Posteriormente, el Decreto 3466 de 1982 estableció una regulación expresa para la calidad e idoneidad de los bienes y servicios contratados en una relación de consumo. Estas disposiciones amplían enormemente su ámbito de aplicación al regira todo tipo de contratos en los que un consumidor adquiera, disfrute o utilice cualquier tipo de bien o servicio con un productor o proveedor (Ossa, 2013). Así las cosas, el mencionado decreto definió en los literales e y f del artículo 1, lo que debe entenderse como calidad e idoneidad de un bien o servicio<sup>4</sup>, así como reguló en su artículo 11 la supuesta garantía mínima presunta, que debían tener todos los bienes y servicios contratados entre un productor o proveedor, con un consumidor.

Sin embargo, esta autodenominada *garantía mínima presunta* de calidad e idoneidad en los bienes o servicios contratados en virtud de una relación de consumo, nunca resultó siendo tal. La razón, es que esta garantía solo exige del productor o proveedor responder por la calidad e idoneidad de sus productos o servicios cuando estas han sido consignadas en el registro o licencia correspondiente, o las normas técnicas oficializadas por Ley. Así lo disponía la literalidad del mencionado artículo 11<sup>5</sup>.

---

4 Cfr: Decreto 3466 de 1982. Artículo 1. (...)

e). Idoneidad de un bien o servicio: su aptitud para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido, así como las condiciones bajo las cuales se debe utilizar en orden a la normal y adecuada satisfacción de la necesidad o necesidades para las cuales está destinado.

f). Calidad de un bien o servicio: El conjunto total de las propiedades, ingredientes o componentes que lo constituyen, determinan, distinguen o individualizan. La calidad incluye la determinación de su nivel o índice de contaminación y de los efectos conocidos que ese nivel de contaminación puede producir.

5 Cfr: Decreto 3466 de 1982. Artículo 11. Garantía Mínima Presunta. Se entiende pactada en todos los contratos de compraventa y de prestación de servicios la obligación a cargo del productor **de garantizar plenamente las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente**, con las adecuaciones derivadas de la oficialización de normas técnicas o de la modificación del registro, **así como las condiciones de calidad e idoneidad correspondientes a las normas técnicas oficializadas aunque el bien o servicio no haya sido objeto de registro** (Subrayo y resalto).

En este orden de ideas, la única garantía de calidad o idoneidad a la que tendrían derecho los consumidores sería la exigida en norma especial, o la que los productores o proveedores hubiesen registrado en el *registro de calidad e idoneidad de los bienes y servicios* que regula el artículo 3 de esta norma. El problema de todo ello, es que el mencionado artículo establece como una *potestad* del productor o proveedor el registrar las calidades o características del bien que se pone a circular en el mercado<sup>6</sup>.

Así las cosas, la que parecería ser una amplia garantía mínima para todo bien o servicio que se contrata en virtud de una relación de consumo, resultó siendo una garantía bastante restringida: únicamente si el productor o proveedor ha querido ofrecerla, al consignar voluntariamente las características de su producto en el respectivo registro creado por el Decreto 3466 de 1982. Lo anterior, sin perjuicio de que normas especiales requieran de otro tipo de registros obligatorios, como los sanitarios o fitosanitarios, o alguna clase de licencia o autorización para producir o distribuir bienes, en cuyo caso deberán cumplirse las condiciones allí registradas.

Consciente de este problema, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció en su Circular Única (2001) un término de la garantía mínima presunta para algunos bienes expresa y taxativamente señalados, tales como automóviles y electrodomésticos, con lo cual solucionó parcialmente el problema. Con posterioridad, y por medio de la Circular Externa No. 018 del 22 de julio de 2011 (2011a), esta Superintendencia consagró un término de garantía mínima presunta de doce meses para productos no perecederos, y algunos plazos inferiores para algunos tipos de muebles como llantas, montura para lentes y calzado.

Sin embargo, conceptuó en diversas ocasiones (2011b; 2012a) que la garantía ofrecida por los productores y proveedores, puede ser concedida por un término inferior a la estipulada por la Superintendencia en la Circular Única, si ello fue informado oportunamente al consumidor; por lo que en realidad nada tenía esta garantía de mínima, si podía ser desconocida libremente por quienes debían ofrecerla.

En todo caso, y a pesar de la poca aplicación que esta garantía de calidad e idoneidad representaba, el Decreto 3466 se encargó de hacerla solidaria a productores y proveedores<sup>7</sup>, así como establecerla por la duración mínima que norma especial exija,

---

6 Cfr: Decreto 3466 de 1982. Artículo 3. Registro de Calidad e Idoneidad de los Bienes y Servicios. Sin perjuicio del régimen de “licencia de fabricación” establecido en el decreto 2416 de 1971 y de cualquier otro régimen de registro o licencia de bienes o servicios legalmente establecido, **todo productor o importador podrá registrar ante la Superintendencia de Industria y Comercio, las características que determinen con precisión la calidad e idoneidad de aquellos**” (Negritillas y subrayas propias).

7 Cfr: Decreto 3466 de 1982. Art. 11, inciso 3.

o lo que se señale voluntariamente en el registro<sup>8</sup>. Estableció también la posibilidad de pactar garantías especiales por escrito, sin mayores condiciones adicionales<sup>9</sup>, y consagró los aspectos a los que da derecho dicha garantía: asistencia técnica para la instalación, reparación en caso de falla, suministro de repuestos, y transporte de la cosa a reparar, sin que ninguna de ellas represente un costo adicional para el consumidor (Superintendencia de Industria y Comercio, 2010). Señala que en caso de repetirse la falla, el consumidor podría solicitar el cambio del bien por otro de la misma especie, siempre y cuando no se hubiese pactado en contra<sup>10</sup>.

Para terminar todo lo anterior, el artículo 26 del mencionado Decreto disponía como causales de exoneración de responsabilidad por vicios de calidad o idoneidad, la fuerza mayor o caso fortuito, el uso indebido del bien o servicio por parte del afectado y el hecho de un tercero, señalando únicamente algunos casos en los cuales no serían aplicables las causales de exoneración, todas ellas referidas a culpa o negligencia del productor o proveedor, al no acatar las normas obligatorias, o dar una indebida información acerca del registro del producto<sup>11</sup>.

### 1. 5. La garantía de seguridad: la responsabilidad por productos defectuosos

Ni el Código de Comercio, ni el Decreto 3466 de 1982, se habían encargado de regular la responsabilidad civil por productos defectuosos, esto es, la responsabilidad de los productores o proveedores de un bien o servicio que causa daños a quien lo adquiere, disfruta o utiliza, al no cumplir con la razonable seguridad que espera el mercado de él (Tamayo, 2012; Arango, 2012; Villalba, 2012).

No obstante lo anterior, la Constitución Política de 1991 sí había consagrado, en su artículo 78, que “*Serán responsables, de acuerdo con la ley, quienes en la producción y en la comercialización de bienes y servicios, atenten contra la salud, la seguridad y el adecuado aprovisionamiento a consumidores y usuarios*”, así como

---

8 Cfr: Decreto 3466 de 1982. Art. 11, inciso 2.

9 Cfr: Decreto 3466 de 1982. Art. 12.

10 Cfr: Decreto 3466 de 1982. Art. 13.

11 Cfr: Decreto 3466 de 1982. Artículo 27. Inaplicación de las Causales de Exoneración. Las causales de exoneración previstas en el artículo anterior no se aplicarán en los siguientes casos:

- a). Cuando no se haya efectuado el registro u obtenido la licencia que sean legalmente obligatorios.
- b). Cuando el registro efectuado no se ajuste a las condiciones de calidad e idoneidad descritas en el artículo 10 o a las condiciones determinadas por la autoridad competente o a las normas técnicas oficializadas.
- c). Cuando no se advierta al público sobre la existencia del registro, la licencia o la norma o normas técnicas oficializadas.
- d). Cuando no se haya indicado el término de la garantía mínima presunta, siendo obligatoria su indicación.

en el mundo entero, especialmente Europa y Estados Unidos, ya se había venido desarrollando este tipo de responsabilidad a pasos agigantados.

Es por ello que desde el año 2000, las altas cortes en Colombia empezaron a construir, sobre la base que la Constitución de 1991 había planteado, los principios de responsabilidad civil, así como los aportes realizados por la normatividad, doctrina y jurisprudencia extranjera, un concepto general de la garantía de seguridad, a través del desarrollo de la responsabilidad por productos defectuosos en el país.

La primera de estas decisiones fue la C-1141 de 2000, por medio de la cual la Corte Constitucional reconoce el carácter multifacético de los derechos del consumidor, señalando que no se limita al derecho de obtener en el mercado, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad, sino que incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios, información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías, indemnización de perjuicios por productos defectuosos, acciones de clase, etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores), entre muchos otros<sup>12</sup>.

En ella se resalta igualmente, que fue la primera de las decisiones en las altas cortes en la cual se establece un principio que sería posteriormente reiterado asiduamente: la responsabilidad del productor o distribuidor de un producto defectuoso es independiente del vínculo contractual, por lo que en materia de responsabilidad por productos defectuosos no existe el principio de la relatividad de los contratos, ni tiene mayor relevancia la clásica división entre Responsabilidad Civil Contractual y Extracontractual.

Posterior a este pronunciamiento, hubo una serie de decisiones de las altas cortes en Colombia, en las cuales tanto la Corte Constitucional, como el Consejo de Estado y la Corte Suprema de Justicia, siguieron reconociendo esas especiales circunstancias que la relación de consumo conlleva, y poco a poco fueron ampliando las muy reducidas disposiciones que al respecto se encontraban en el ordenamiento jurídico colombiano<sup>13</sup>.

12 Especialmente, sobre responsabilidad por productos defectuosos, la mencionada providencia resaltó:

*“La protección del consumidor y usuario sería incompleta si ella se limitara a las garantías sobre la calidad de los productos y servicios en función del uso específico y normal al que se destinan y, de otro lado, al complejo de derechos instrumentales-información y participación-, necesarios para intervenir en las distintas esferas de la vida económica y poder ver traducidas sus exigencias legítimas en imperativos del interés público que deben por igual realizar el Estado y la comunidad. Los defectos de los productos y servicios, no son indiferentes para el consumidor y el usuario, pues las lesiones que generan pueden afectar su vida, su integridad física y su salud. De ahí que el derecho del consumidor reconozca como elemento de su esencia el derecho a obtener de los productores y distribuidores profesionales, el resarcimiento de los daños causados por los defectos de los productos o servicios, con el fin de garantizar su uso seguro”.* (Énfasis fuera de texto) (Corte Constitucional, 2000).

13 Ejemplos claros de este tipo de fallos son las sentencias C- 973 de 2002, C-1071 de 2002, y C-749 de 2009 de la H. Corte Constitucional, y las sentencias del 13 de diciembre de 2001 (Exp. 6775), del 13 de diciembre

Pero fue hasta la reconocida sentencia del 30 de abril de 2009 en la cual la Corte Suprema de Justicia estableció, en ponencia del Dr. Pedro Octavio Munar Cadena (2009a), una teoría general de la responsabilidad de productores y proveedores por productos defectuosos. En esta ocasión, la Corte Suprema de Justicia se detuvo a hacer un detallado análisis de la evolución que la responsabilidad por productos defectuosos había tenido en el mundo, y luego de estudiar las diferentes regulaciones existentes en varios países, como Estados Unidos, la Unión Europea, Brasil y el Perú; procedió a establecer una teoría general de la responsabilidad por productos defectuosos en el derecho colombiano, a partir del artículo 78 de la Constitución Política y las decisiones que hasta el momento, habían tomado las altas cortes colombianas<sup>14</sup>.

En esta decisión, la Corte señaló que la responsabilidad por productos defectuosos recaía de manera solidaria sobre los productores y proveedores del mismo, como una obligación de seguridad a favor de los consumidores, a través de la cual se garantiza que el consumidor no sufriría en su persona o en sus bienes, ningún tipo de daño por causa de los productos o servicios que han puesto en el mercado. Señaló igualmente, que se trataba de una obligación de resultado, por lo cual el productor o proveedor de un producto defectuoso debería resarcir la totalidad de perjuicios sufridos por el consumidor, a menos que se demuestre la concurrencia de una causa extraña.

Correspondería entonces a la víctima demostrar (i) el perjuicio padecido, (ii) el carácter de defectuoso del producto y (iii) la relación de causalidad entre ambas, pero no una culpa o negligencia en cabeza de los productores o distribuidores, ni tampoco las razones por las cuales el producto es defectuoso. Bastaría entonces demostrar que el producto no ofrece la razonable seguridad que se espera de este (sea cual sea la razón) para que pueda reputarse el producto como defectuoso, sin

---

de 2002 (Exp. 6462), del 3 de mayo de 2005 (Ref. 50001310300119990442101) y del 7 de febrero de 2007 (Ref. 23162310300119990009701).

14 Al respecto, señala el máximo tribunal de la jurisdicción ordinaria:

*“En ese orden de ideas, es dable entender que un producto es defectuoso cuando no ofrece la seguridad que legítimamente se espera de él, condición que, en consecuencia se predica no por su falta de aptitud para el uso para el que fue adquirido, sino por no cumplir las condiciones de seguridad a que tiene derecho el público, excluyendo, por supuesto, cualquier utilización abusiva. Vale decir, que se trata de un concepto que no guarda necesaria correspondencia con la noción de vicios de la cosa, o de ineptitud de ésta, o de ausencia de las calidades esperadas, criterios todos estos a los que alude el inciso primero del artículo 78 de la Carta Política, y que con mayor detenimiento desarrolla el Decreto 3466 de 1982, pues es posible que ella sea inidónea pero no defectuosa, como acontece, v. gr., con los aparatos que no funcionan o no tienen las calidades pertinentes, pero que de ninguna manera ponen en riesgo al usuario; puede ocurrir, igualmente, que a pesar de ser idóneo el producto sea defectuoso. Así sucede, por ejemplo, cuando carece de las instrucciones necesarias para su adecuada y confiable utilización, o cuando por deficiencias en el embalaje pone en riesgo al consumidor”* (Subrayas y negrillas fuera de texto) (Corte Suprema de Justicia, 2009a)

tener que demostrar técnicamente porqué estaba mal diseñado, producido o rotulado, ni que estos defectos se debiesen a una culpa o negligencia del productor o proveedor. Señala que tampoco tendría la víctima que demostrar que el producto fue puesto en circulación por el fabricante o productor, que el defecto existía al momento en que se introdujo al mercado, ni que fue elaborado con la intención de venderlo. Estos elementos deberían ser entonces desvirtuados por el productor o proveedor, con el fin de exonerarse de responsabilidad<sup>15</sup>.

## 2. LA EXPEDICIÓN DE LA LEY 1480 DE 2011

Toda esta regulación normativa y jurisprudencial, fue en gran medida recogida en la Ley 1480 de 2011, en una extensa regulación que no ha estado exenta de controversia, pues juristas como Tamayo, 2012, afirman que una norma que supondría la protección de los consumidores colombianos ha terminado, bien sea por falta de claridad o por intereses económicos perversos, por acabar con las pocas protecciones que el consumidor colombiano tenía frente a los productores o proveedores de los bienes o servicios que adquiere, disfruta o utiliza.

Respecto al punto que nos ocupa, el artículo 7 de la Ley 1480 de 2011 consagra la llamada garantía legal, según la cual todo productor o proveedor deberá responder por la calidad, la idoneidad y la seguridad de la totalidad de los bienes o servicios que ofrece al público<sup>16</sup>, mientras que el artículo 5 de la mencionada norma, define lo que debe entenderse por calidad, idoneidad y seguridad de los mismos<sup>17</sup>.

De esta manera, impone la Ley 1480 de 2011 la obligación que todos los productores y proveedores de cualquier tipo de bien o servicio, deban responder por que los

---

15 Estos principios, fueron posteriormente reiterados y reafirmados en providencias de la H. Corte Suprema de Justicia, como la proferida el 24 de septiembre de 2009 (Ref. 05360310300120050006001) y la del 22 de julio de 2010 (Ref. 41001310300420000004201).

16 *Cfr.* Ley 1480 de 2011. Artículo 7°. Garantía legal. Es la obligación, en los términos de esta ley, a cargo de todo productor y/o proveedor de responder por la calidad, idoneidad, seguridad y el buen estado y funcionamiento de los productos.

17 *Cfr.* Ley 1480 de 2011. Artículo 5°. “Calidad: Condición en que un producto cumple con las características inherentes y las atribuidas por la información que se suministre sobre él”.

“Idoneidad o eficiencia: Aptitud del producto para satisfacer la necesidad o necesidades para las cuales ha sido producido o comercializado”.

“Seguridad: Condición del producto conforme con la cual en situaciones normales de utilización, teniendo en cuenta la duración, la información suministrada en los términos de la presente ley y si procede, la puesta en servicio, instalación y mantenimiento, no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores. En caso de que el producto no cumpla con requisitos de seguridad establecidos en reglamentos técnicos o medidas sanitarias, se presumirá inseguro”.

productos que ponen en circulación tengan las características ofrecidas o inherentes por naturaleza, que funcionen para lo que fueron producidos y que no representen riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores.

Como se explicó anteriormente, estas garantías ya existían en nuestro ordenamiento. Procedamos entonces a analizar en qué consiste esta nueva regulación, estudiando en un primer término el ámbito de aplicación de esta garantía, esto es, qué regímenes de los estudiados anteriormente deroga o reemplaza (2.1) y, posteriormente, los cambios que esta nueva regulación establece frente a ellos (2.2).

### 2. 1. Ámbito de aplicación de la garantía legal

Como se tuvo oportunidad de explicar *in extenso* en artículos anteriores (Ossa, 2013), el mismo Estatuto del Consumidor señala en el segundo inciso de su artículo 2, que las normas allí consagradas tienen una aplicación suplementaria, esto es, complementaria o supletiva de las regulaciones especiales que se establezcan para cada sector de la economía<sup>18</sup>.

De allí, que no sea cierto que la Ley 1480 de 2011 derogue todos los regímenes especiales y dé un tratamiento idéntico a todos los sectores de la economía. Las normas y garantías allí establecidas se aplican de manera complementaria a otro tipo de normas especiales, con lo cual las múltiples regulaciones se suman adicionalmente, en vez de superponerse o derogarse mutuamente (Echeverri, 2012; Giraldo, Caycedo & Madriñán, 2012; Ossa, 2013).

Veamos qué significa lo anterior en materia de garantías de calidad, idoneidad y seguridad.

#### 2. 1. 1. La garantía legal no deroga la garantía de calidad o eficiencia del C.Co., pero sí la garantía mínima presunta del Decreto 3466 de 1982

Según se expresó anteriormente, la aplicación suplementaria de las normas de la Ley 1480 de 2011 obliga a concluir que la disposición establecida en el artículo 84 de la misma, según la cual ella “*deroga todas las normas que le sean contrarias*” tiene un alcance muy restringido. La ley 1480 de 2011 solo derogaría las normas destinadas específicamente a regir las relaciones existentes entre consumidores y

---

18 Cfr: Ley 1480 de 2011. Artículo 2°. Inciso 2. Las normas contenidas en esta ley son aplicables en general a las relaciones de consumo y a la responsabilidad de los productores y proveedores frente al consumidor en todos los sectores de la economía respecto de los cuales no exista regulación especial, evento en el cual **aplicará la regulación especial y suplementariamente las normas establecidas en esta Ley.** (Resalto y subrayo)

productores o proveedores, mientras que se mantendrían vigentes las especiales de cada sector económico, en cuyo caso se aplicarían ambos regímenes de manera complementaria (Echeverri, 2012; Giraldo *et al.*, 2012; Ossa, 2013).

Pues bien, teniendo en cuenta que las garantías de calidad y buen funcionamiento de las que tratan los artículos 932 y siguientes del Código de Comercio son obligaciones que la Ley mercantil impone a los vendedores en el contrato de compraventa mercantil, mientras que la garantía legal a la que se refieren los artículos 7 y siguientes de la Ley 1480 de 2011 está destinada a todos los productores y proveedores de cualquier bien o servicio contratado por un consumidor, debe concluirse que se trata de dos formas de garantías diferentes, surgidas de relaciones jurídico-económicas diversas, que no están llamadas a subrogarse o excluirse mutuamente.

Si bien es cierto que la calidad de comerciante vendedor del Código de Comercio puede en muchos casos coincidir con la de productor o proveedor del Estatuto del Consumidor, esto no los convierte en la misma categoría de destinatario de la norma jurídica, más aún cuando pueden existir contratos de compraventa mercantil que no implican una relación de consumo, como cuando se celebra el mencionado contrato entre dos comerciantes, así como pueden existir relaciones de consumo que no implican una compraventa comercial, como la relación de consumo que surge aun cuando el consumidor no es comprador del bien o servicio, sino que simplemente lo disfruta o utiliza; o cuando el productor o proveedor no es comerciante, como si se dedica al ejercicio de una profesión liberal (Velandia, 2011).

Por lo anterior, la garantía legal de la que trata el artículo 7 de la Ley 1480 de 2011 no deroga ni reemplaza la garantía de buen funcionamiento de la que tratan los artículos 932 y siguientes del Código de Comercio, sino que por el contrario, se suman y complementan ambos tipos de garantía, pues ellas son aplicables a sujetos y relaciones esencialmente diferentes, que si bien pueden concurrir en algunas circunstancias, ello no las hace equivalentes.

Así las cosas, en aquellos casos en los cuales concurra en un mismo sujeto la calidad de comprador en una compraventa mercantil con la de consumidor, quedará al arbitrio de este la opción de elegir, entre las acciones relativas a la protección del consumidor de la Ley 1480 de 2011, o preferir ejercer las garantías consagradas a favor del comprador en un contrato de compraventa mercantil de las que trata el Código de Comercio. Se trata de garantías esencialmente diferentes y aplicables a relaciones jurídico-económicas diversas.

Pero lo anteriormente señalado, no podría predicarse de la garantía por calidad e idoneidad de las que trata el Decreto 3466 de 1982, pues estas sí están dirigidas a regir las mismas relaciones jurídico-económicas (las relaciones de consumo), así

como se dirigen a los mismos sujetos pasivos de imposición normativa (los productores y proveedores), con exactamente la misma finalidad: el que respondan de manera solidaria por la calidad e idoneidad de los bienes o servicios que ponen a disposición del público en general. Por lo anterior, no queda ninguna duda que la garantía legal de la que tratan los artículos 7 y siguientes del Estatuto del Consumidor sí deroga y reemplaza la restringida garantía mínima presunta de calidad e idoneidad a la que se refería el artículo 11 del Decreto 3466 de 1982.

**2. 1. 2. La garantía legal de la Ley 1480 de 2011 no incluye la responsabilidad por productos defectuosos: establece una protección adicional y complementaria en vez de absorberla**

Sin embargo, la respuesta anteriormente dada no resulta tan sencilla y poco problemática cuando se trata de la garantía de seguridad de los productos puestos a disposición del público. Como se ha explicado anteriormente, antes de la entrada en vigencia de la Ley 1480 de 2011 la garantía de seguridad de los bienes y servicios adquiridos por un consumidor estaba dada por la especial responsabilidad por productos defectuosos a la que estaban sometidos los productores y proveedores, utilizándose únicamente la expresión *producto defectuoso* como un sinónimo de producto peligroso, al ser aquel bien o servicio que no ofrece la razonable seguridad que el mercado espera de él (Corte Suprema de Justicia, 2009a; Tamayo, 2012).

Sin embargo, el ya citado artículo 7 de la Ley 1480 de 2011 incluyó dentro de la garantía legal, la obligación de que los productores y proveedores de cualquier bien o servicio respondan por la seguridad de los productos que ponen a disposición del público, definiendo seguridad, como la “*condición conforme a la cual en situaciones normales de utilización, el producto no presenta riesgos irrazonables para la salud o integridad de los consumidores*”<sup>19</sup>. Así mismo, en diferentes apartes del Estatuto del Consumidor, comenzó a utilizarse el vocablo *producto defectuoso* para aquellos bienes o servicios que no cumplen con las condiciones de calidad o idoneidad y no, como se hacía hasta antes de la expedición de la mencionada norma, exclusivamente para los productos peligrosos o inseguros.

Así las cosas, diversos autores –entre los que se encuentra el Dr. Javier Tamayo Jaramillo (2012)– han afirmado que al incluir a la seguridad dentro de la garantía legal, ella ha terminado por comprender la responsabilidad por productos defectuosos en una relación género-especie, por lo cual los aspectos no regulados espe-

---

19 Cfr: Ley 1480 de 2011. Artículo 5°.

cialmente para la responsabilidad por productos defectuosos, deberán ser aplicadas las disposiciones generales de la garantía legal.

Y es que este no es un problema de poca monta: la garantía legal es una obligación esencialmente temporal, y que por regla general tiene un término de un año, mientras que la responsabilidad por productos defectuosos no tiene un plazo especial de caducidad sino que en principio estaría únicamente regido por los plazos ordinarios de prescripción de 10 años, artículo 2536 del Código Civil. Si llegase a admitirse esta posición que estos juristas han acogido, tendríamos obligatoriamente que concluir que con la expedición de la Ley 1480 de 2011 se ha eliminado de un tajo la responsabilidad por productos defectuosos que la decantada jurisprudencia de las altas cortes había establecido en el país, pues ante la falta de regulación legal sobre el término para ejercer esta acción, habría que aplicar el término general que ha sido consagrado para la garantía legal, reduciéndose entonces el plazo para ejercer la reclamación de 10 años a 1 año o menos, dependiendo del tipo de producto del que se trate.

Lo anterior, implicaría que un automóvil fabricado con frenos que dejan de funcionar después de determinado kilometraje, tendría que fallar dentro del año siguiente a la fecha en la cual fue adquirido, porque si falla al año y tres meses, el vehículo ya no tendría garantía, y el productor o proveedor del mismo no tendría que responder por los daños causados a terceros con la puesta en circulación de un producto defectuoso. Lo mismo ocurriría en el caso de que el motor de una lavadora estallara y causara daños a quien la estaba manipulando, o si una persona ingiere una leche con un día de vencida y queda ciega, pues en este caso la garantía habría expirado, y con ello, la posibilidad de solicitar el resarcimiento de los perjuicios causados por el defecto del producto.

Sin embargo, adherimos nuestra posición al sector de la doctrina (Arango, 2012; Giraldo López *et al.*, 2012; Villalba, 2012) que considera que la situación no es tan fatídica como la plantean los anteriores autores (Tamayo, 2012), sino que, por el contrario, se ha creado una nueva protección adicional a la responsabilidad por productos defectuosos, con lo cual, la garantía de seguridad de los productos se ha desligado de la responsabilidad por productos defectuosos, y ellas, aunque obedecen al mismo supuesto (el que el producto no sea razonablemente inseguro) tendría dos formas distintas de protección, entre las cuales podía optar libremente el consumidor.

En primer lugar, de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 1480 de 2011<sup>20</sup> puede evidenciarse claramente como la Ley 1480 de 2011 ha diferenciado dos consecuencias

---

20 Cfr: Ley 1480 de 2011. Artículo 6°. Calidad, idoneidad y seguridad de los productos. Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida (...)

diferentes y claramente compatibles entre sí, ante el incumplimiento de los productores y proveedores de su obligación de asegurar la idoneidad, calidad y seguridad de los bienes o servicios que ponen a disposición del mercado: por un lado, la responsabilidad solidaria por la garantía ante los consumidores, que no puede ser otra cosa que la garantía legal de la que trata el Título III de la norma; y adicionalmente, establece que también dará lugar a la responsabilidad por daños por producto defectuoso, de la que habla el Título IV del mencionado compendio normativo.

En segundo lugar, podría pensarse que la garantía legal no incluye la responsabilidad por productos defectuosos sino que son garantías distintas y complementarias, al aplicar las reglas hermenéuticas de interpretación al texto de la Ley 1480 de 2011. En este sentido, de analizar la estructura de la norma puede evidenciarse que la norma se divide en Títulos, que a su vez se subdividen en capítulos. Si dentro del Título III de “GARANTÍAS” se hubiese incluido un capítulo relativo a la responsabilidad por productos defectuosos, no quedaría otra opción que concluir que esta se ha convertido en una especie de garantía de los bienes y servicios puestos en el mercado. Sin embargo, si se tiene en cuenta que la responsabilidad por productos defectuosos está regulada especialmente en el Título IV, de manera completamente independiente y desligada de las garantías reguladas en el Título anterior, puede concluirse que son dos formas de protección diferentes y adicionales, por lo cual resultaría *contra natura* aplicarle a una los términos y regulaciones especiales de otra; son dos cosas distintas.

Finalmente, el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011, al regular lo referente al procedimiento especial de la acción de protección al consumidor, señala que mediante ella deben tramitarse todos los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores (que incluye el incumplimiento de garantías), a excepción de la responsabilidad por productos defectuosos<sup>21</sup>. Con ello la norma clarifica que se trata de protecciones diferentes, al punto de señalar que deben tramitarse por dos tipos distintos de procedimiento.

Así las cosas, en el evento en el cual un bien o servicio adquirido por un consumidor no ofrezca la razonable seguridad que se espera de él, este podrá voluntariamente

---

**El incumplimiento de esta obligación dará lugar a:**

**1. Responsabilidad solidaria del productor y proveedor por garantía ante los consumidores.**

2. Responsabilidad administrativa individual ante las autoridades de supervisión y control en los términos de esta ley.

**3. Responsabilidad por daños por producto defectuoso, en los términos de esta ley (Énfasis fuera de texto)**

21 Cfr: Ley 1480 de 2011. Artículo 58°. Procedimiento. Los procesos que versen sobre violación a los derechos de los consumidores establecidos en normas generales o especiales en todos los sectores de la economía, **a excepción de la responsabilidad por producto defectuoso** y de las acciones de grupo o las populares, se tramitarán por el procedimiento verbal sumario, con observancia de las siguientes reglas especiales (Resalto y subrayo)

optar entre hacer valer la garantía legal, ejerciendo alguna de las conductas que el artículo 11 de la Ley 1480 de 2011 consagra, como solicitar la reparación o cambio del producto; o ejercer la acción de responsabilidad por productos defectuosos y solicitar la indemnización de los eventuales perjuicios que este producto inseguro le hubiese causado en su salud, su integridad o sus bienes.

## **2. 2. Cambios trascendentales introducidos con la expedición de la Ley 1480 de 2011**

Luego de concluir que la garantía de calidad, idoneidad y seguridad de la que tratan los artículos 7 y siguientes de la Ley 1480 de 2011 no derogó ni reemplazó las garantías de calidad y buen funcionamiento de los artículos 932 y siguientes del Código de Comercio, ni terminó por absorber la responsabilidad por productos defectuosos; conviene ahora analizar algunos de los cambios introducidos por la nueva normatividad frente al régimen normativo que sí reemplazó: la garantía de calidad e idoneidad del Decreto 3466 de 1982.

### **2. 2. 1. La garantía legal aplica a todos los productores y proveedores, por todo tipo de bien o servicio**

Como se explicó anteriormente, el artículo 7 de la Ley 1480 de 2011 y los desarrollos plasmados en artículos posteriores no dejan ninguna duda: la garantía por calidad, idoneidad y seguridad aplica a todos los productos de cualquier tipo de productor o proveedor, con contadas excepciones que la misma ley consagra, como en el caso de los productos usados cuya garantía ya ha expirado, o la prestación de servicios de reparación, siempre y cuando esta circunstancia haya sido informada y aceptada por escrito (Giraldo *et. al.*, 2012; Tamayo, 2012; Echeverri, 2012).

Lo anterior implica un notable cambio frente a la supuesta garantía mínima presunta de la que trataba el derogado artículo 11 del Decreto 3466 de 1982, pues como se explicó, esta únicamente operaba en aquellos casos en los cuales una norma especial la exigiese, o el productor o proveedor hubiese querido concederla, al inscribirla voluntariamente en el registro de calidad e idoneidad de los bienes y servicios, ante la Superintendencia de Industria y Comercio.

### **2. 2. 2. Los términos de la garantía de calidad, idoneidad y seguridad**

La garantía de calidad e idoneidad de la que trataba el decreto 3466 de 1982 tenía una duración por el término exigido en norma especial, y en su ausencia, lo expresado por el productor o proveedor en el respectivo registro. Por su parte, el

artículo 8 de la Ley 1480 de 2011 regula específicamente el término de la garantía legal, dependiendo del bien o servicio del que se trate<sup>22</sup>.

Este artículo, contrario a lo que podría esperarse de una ley que se dice protectorista de los derechos de los consumidores, establece una norma supletiva de la voluntad de las partes, en la cual el productor o proveedor podrá ofrecer libremente la garantía por el término que considere adecuado (siempre y cuando no exista una norma especial que le exija un plazo determinado), y únicamente en caso de no expresarlo, se dará aplicación a las reglas allí consagradas.

Así las cosas, la única diferencia que estableció la regulación de la ley 1480 de 2011 frente a la que en este punto tenía el decreto 3466 de 1982, es establecer un término para aquellos casos en los cuales ni norma especial ni el productor o proveedor señalan un término diferente, que al no ser exigido por la norma otra cosa, podrá ser incluso inferior a los allí consagrados.

Lo anterior, es una verdadera y real desprotección a los consumidores, pues permite que los productores y proveedores destruyan, en la práctica, la garantía legal. Si bien es claro que no podría pactarse una renuncia expresa o tácita a la garantía, por cuanto esta sería considerada una cláusula abusiva<sup>23</sup>, lo que sí podría hacerse – y estaría claramente de acuerdo a la redacción de la norma –, es ofrecer garantías de calidad, idoneidad y seguridad con términos demasiado cortos, que en la práctica signifiquen la imposibilidad de ser ejercidas por parte del consumidor<sup>24</sup>.

---

22 *Cfr.* Ley 1480 de 2011. Artículo 8°. Término de la garantía legal. **El término de la garantía legal será el dispuesto por la ley o por la autoridad competente. A falta de disposición de obligatorio cumplimiento, será el anunciado por el productor y/o proveedor.** El término de la garantía legal empezará a correr a partir de la entrega del producto al consumidor.

**De no indicarse el término de garantía, el término será** de un año para productos nuevos. Tratándose de productos perecederos, el término de la garantía legal será el de la fecha de vencimiento o expiración.

Los productos usados en los que haya expirado el término de la garantía legal podrán ser vendidos sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el producto tiene garantía de tres (3) meses.

La prestación de servicios que suponen la entrega del bien para la reparación del mismo podrá ser prestada sin garantía, circunstancia que debe ser informada y aceptada por escrito claramente por el consumidor. En caso contrario se entenderá que el servicio tiene garantía de tres (3) meses, contados a partir de la entrega del bien a quien solicitó el servicio.

Para los bienes inmuebles la garantía legal comprende la estabilidad de la obra por diez (10) años, y para los acabados un (1) año (Resalto y subrayo).

23 *Cfr.* Ley 1480 de 2011. Artículo 43°. Son ineficaces de pleno derecho las cláusulas que: (...) 2. Impliquen renuncia de los derechos del consumidor que por ley les corresponden

24 Esta postura, ya fue avalada por la Superintendencia de Industria y Comercio (2012b), quien ha conceptualado que los productores y proveedores de bienes y servicios tienen la facultad de conceder un término de garantía legal diferente e inferior, al estipulado en el artículo 8 de la Ley 1480 de 2011.

Para evitarlo, la norma debió haber establecido un término mínimo de la garantía que solo pudiese ser modificado por norma especial o por las partes, en los eventos que este fuera mayor al término legal; en vez de dejar al arbitrio del productor o proveedor su determinación, y que solo en los casos que no lo haga se apliquen los términos consagrados en el artículo 8 de la Ley 1480 de 2011.

### 2. 2. 3. La suspensión y ampliación del plazo de la garantía

Un novedoso aspecto que regula la garantía legal de la ley 1480 de 2011 frente a la garantía de calidad e idoneidad del Decreto 3466 de 1982, está regulado en el artículo 9 del mencionado cuerpo normativo, y es relativo a la suspensión o ampliación del plazo de la garantía<sup>25</sup>.

En él, se establece que el término de la garantía se suspenderá mientras el consumidor esté privado del uso del producto con ocasión de la efectividad de la garantía, como si este está en reparación; así como se interrumpirá, y comenzará a contar nuevamente, cuando se realiza un cambio o reposición del mismo.

Con esta disposición, se pone fin a una odiosa práctica utilizada por diversos productores y proveedores, especialmente en el sector de la construcción, según la cual se retardaba la realización de las reparaciones necesarias, o se adecuaba parcialmente el producto sin realizar las intervenciones realmente requeridas, esperando que cuando el defecto reapareciera, el vencimiento de la garantía los hubiera dejado impunes (Villalba, 2012).

Luego de la entrada en vigencia de esta disposición, la garantía no podría vencerse tan fácilmente, por cuanto ella se alargaría hasta tanto se dé una solución definitiva al vicio de calidad, idoneidad o seguridad del producto. Lo anterior, pues el término de la garantía se habría suspendido cada vez que el producto ingrese nuevamente a reparación, así como comenzará a correr una vez más desde cero, cuando este haya tenido que ser reemplazado.

### 2. 2. 4. Aspectos incluidos en la garantía legal

Señala la Ley 1480 de 2011 en un confuso artículo 11, los aspectos que incluye la garantía legal. Y decimos confuso, pues en él se combinan algunas conductas que

---

25 *Cfr.* Ley 1480 de 2011. Artículo 9°. Suspensión y ampliación del plazo de la garantía. El término de la garantía se suspenderá mientras el consumidor esté privado del uso del producto con ocasión de la efectividad de la garantía.

Si se produce el cambio total del producto por otro, el término de garantía empezará a correr nuevamente en su totalidad desde el momento de reposición. Si se cambia una o varias piezas o partes del bien, estas tendrán garantía propia.

puede ejercer el consumidor frente a las fallas de calidad, idoneidad y seguridad de los productos que adquiere, disfruta o utiliza, con las obligaciones que debe cumplir el proveedor o productor, con la finalidad de poder hacer efectivas estas garantías<sup>26</sup>.

Esta regulación consagrada en la Ley 1480 de 2011, amplía los elementos que comprendía la garantía por calidad e idoneidad en el artículo 13 del Decreto 3466 de 1982, al regular específicamente la garantía en contratos de prestación de servicios, pues la anterior regulación parecía olvidar que también aplicaba a ellos (Ossa, 2013). Impuso además, múltiples obligaciones a los productores y proveedores no consagradas expresamente en la legislación anterior, con lo cual se garantizará la efectividad real de las garantías. Sin embargo, no trajo mayores variaciones respecto de las cosas que pueden solicitarse del productor o proveedor del bien o servicio con ocasión de la falla presentada, a excepción del punto que será desarrollado en el numeral siguiente.

#### 2. 2. 5. La garantía legal no incluye la indemnización de perjuicios

No obstante la ampliación de las cosas que incluye la garantía legal de la Ley 1480 de 2011 respecto de la garantía mínima presunta del Decreto 3466 de 1982, existe un punto importante en el cual la nueva garantía resultó siendo más restringida que la anterior: la indemnización de perjuicios.

En efecto, la garantía mínima presunta de la que trataban los artículos 11 y siguientes del Decreto 3466 de 1982, así como el procedimiento judicial establecido en el artículo 29 para hacerla efectiva señalaban que *“en todo caso se podrá solicitar la indemnización de los daños y perjuicios a que hubiera lugar”*, ante lo cual el

---

26 Dentro del primer grupo, se encuentra la posibilidad del consumidor de solicitar la reparación completamente gratuita del bien, incluyendo los costos de transporte, suministros y repuestos, o la reposición del bien o devolución del dinero en caso de que repararlo no sea posible. Señala que en caso de repetirse la falla, el consumidor podrá optar entre una nueva reparación, o la devolución total o parcial del precio, o el replazo en especie del bien. Así mismo, señala que en los casos de incumplimiento en prestación de servicios (sea por falta de calidad, idoneidad o seguridad) se procederá, a elección del consumidor, a la prestación del servicio en las condiciones contratadas o la devolución del dinero. Finalmente, señala que en la prestación de servicios que suponen la entrega de un bien, podrá solicitarse la reparación del mismo, sustituirlo por otro de las mismas características, o pagar su equivalente en dinero, cuando este se ha destruido total o parcialmente con ocasión del servicio defectuoso.

En el segundo grupo, se encuentran las obligaciones del productor o proveedor de suministrar las instrucciones de instalación, mantenimiento y utilización de los productos, así como disponer de asistencia técnica para estos fines; entregar materialmente el producto y realizar el correspondiente registro oportunamente; contar con disponibilidad de repuestos, partes, insumos y mano de obra capacitada para realizar las reparaciones requeridas; entre otros.

juez que debía resolver el asunto “*dispondrá el pago del valor demostrado por el reclamante, por concepto de los perjuicios causados*”<sup>27</sup>.

Esta situación, cambió diametralmente con la expedición de la Ley 1480 de 2011. No solo este no es uno de los aspectos incluidos en la garantía legal, según lo dispuesto en el artículo 11 de la mencionada Ley – sin que siquiera esta indemnización sea mencionada en algún aparte del Título III, relativo a las garantías de los bienes o servicios ofrecidos –, sino que además, el segundo inciso del artículo 10 dispone que “*para establecer la responsabilidad por incumplimiento a las condiciones de idoneidad y calidad, bastará con demostrar el defecto del producto*”, por lo que resulta claro que no podría condenarse al pago de la indemnización de unos perjuicios que ni siquiera se requieren para la estructuración de responsabilidad.

Por lo anterior, no compartimos la conclusión de algún sector de la doctrina (Giraldo *et al.*, 2012, pág. 53), que frente a la aplicación de la garantía legal en la prestación de servicios, indican que ante un eventual incumplimiento de la garantía de calidad, idoneidad y seguridad, el prestador de servicios debe devolver el dinero cobrado y eventualmente indemnizar los perjuicios causados. Consideramos que ningún tipo de indemnización de perjuicios podrá proseguirse aduciendo un incumplimiento de la garantía legal por parte del productor o proveedor de cualquier bien o servicio.

Se habría entonces establecido una dualidad de regímenes plenamente justificado, que persiguen diferentes finalidades: si el consumidor desea que le reparen el bien, le devuelvan el precio o le presten el servicio en la manera inicialmente estipulada, debe hacerse valer la garantía legal por el proceso especial de protección al consumidor de la que trata el artículo 58 de la Ley 1480 de 2011; pero si quiere que le indemnicen cualquier forma de perjuicio adicional, tendría que acudir a la jurisdicción mediante un proceso declarativo de responsabilidad civil, usualmente, uno de responsabilidad por producto defectuoso (Arango, 2012).

## 2. 2. 6. Causales de exoneración de responsabilidad de la garantía

Consagra el artículo 16 de la Ley 1480 de 2011 las causales de exoneración de responsabilidad de la garantía para los productores y proveedores, al igual que lo establecía el artículo 26 del Decreto 3466 de 1982: no responderá el productor o proveedor del bien o servicio por la garantía cuando haya mediado una fuerza mayor o caso fortuito, el hecho exclusivo de un tercero o el hecho exclusivo de la

---

27 Cfr: Decreto 3466 de 1982, artículo 29.

víctima<sup>28</sup>, estableciendo en cabeza de quien afirma la ocurrencia de la causa extraña, la demostración de que la causal de exoneración alegada ha sido la causante del defecto del bien.

Si bien es completamente reprochable que se establezcan como causales de exoneración de la garantía legal circunstancias como la fuerza mayor, el caso fortuito o el hecho exclusivo de un tercero – pues en estos casos el riesgo de ocurrencia de los mismos debería pesar en cabeza del productor o proveedor y no del consumidor –, esto no es un reproche nuevo, sino que provenía desde la regulación establecida en 1982.

Lo que no parece adecuado es que no se hubiese aprovechado esta oportunidad de oro para corregir las manifiestas injusticias que estas formas de exoneración acarrear: si a un consumidor le venden en un almacén de cadena un computador, y cuando llega a su casa lo conecta y no funciona, no parecería justo que ese proveedor no responda porque la falla proviene de un rayo que cayó sobre la bodega que almacenaba los equipos y generó daño en ellos. Teniendo en cuenta que este es un evento imprevisible, irresistible y jurídicamente ajeno al actuar tanto del proveedor como del consumidor ¿sobre quién debería recaer este riesgo? Pues la respuesta que da la Ley 1480 de 2011 es que pertenece al consumidor, lo que parece absurdo para una norma que dice proteger a la parte débil de la relación contractual.

### 3. CONCLUSIONES

- Las garantías de calidad, idoneidad y seguridad de los productos no es un tema novedoso en la legislación colombiana. Las garantías de calidad e idoneidad fueron inicialmente introducidas en el código civil (1887), y posteriormente desarrolladas por el Código de Comercio (1971) y el Decreto 3466 de 1982. Por su parte, la garantía de seguridad había sido desarrollada a través de reiterativas decisiones de las altas cortes colombianas, quienes a partir del año 2000 desarrollaron una verdadera teoría general de la responsabilidad civil por productos defectuosos.
- La expedición de la Ley 1480 de 2011 no tiene, en materia de garantía de idoneidad, calidad y seguridad, las catastróficas consecuencias que un importante sector de la doctrina le habría endilgado, pues no deroga la garantía de calidad y buen funcionamiento del Código de Comercio, ni subsume dentro de la garantía

---

28 Este hecho exclusivo de la víctima se desdobra en dos tipos de conducta según la Ley 1480 de 2011: el uso indebido del bien, o el no haber atendido las instrucciones de instalación, uso o mantenimiento indicadas en el manual del producto y su garantía.

legal y sus términos de caducidad, la acción de responsabilidad por productos defectuosos.

- Por el contrario, frente a la garantía de seguridad de los productos, la Ley 1480 de 2011 ha establecido dos regímenes diferenciables y complementarios, entre los cuales podrá optar voluntariamente el consumidor ante la presencia de un producto inseguro: hacer valer la garantía legal, exigiendo alguna de las conductas que el artículo 11 de la Ley 1480 de 2011 consagra, como solicitar la reparación o cambio del producto; o ejercer la acción de responsabilidad por productos defectuosos y solicitar la indemnización de los eventuales perjuicios que el uso de este producto le hubiese causado en su salud, su integridad o sus bienes.
- La garantía de calidad, idoneidad y seguridad establecida en la Ley 1480 de 2011 sí derogó la inoperante garantía mínima presunta del Decreto 3466 de 1982, frente a la cual estableció notables diferencias en materia de ámbito de aplicación, términos de protección y suspensión e interrupción de la garantía. Sin embargo limita su alcance en otros aspectos como la indemnización de perjuicios, y deja indemnes crasos errores provenientes de legislaciones anteriores, como la exoneración por fuerza mayor, caso fortuito o hecho exclusivo de un tercero.
- La garantía legal establecida en la Ley 1480 de 2011 estableció una importante protección a los consumidores colombianos, que a pesar de no estar exenta de errores y fallas, podría resultar valiosa. En todo caso, su efectividad y buen uso por parte de los consumidores, apenas está por demostrarse.

## LISTA DE REFERENCIAS

- Arango Perfetti, Daniel (2012). *Ámbito de la Responsabilidad en la Protección al Consumidor: Ley 1480 de 2011*. En: *Revista Foro del Jurista*, Edición No. 29 – Octubre de 2012. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.
- Bello López, Andrés (1853). *Proyecto de Código Civil*. Santiago de Chile: Imprenta Chilena. Obtenido de la página web de la Biblioteca Nacional Digital de Chile [http://www.memoriachilena.cl/temas/documento\\_detalle.asp?id=MC0064763](http://www.memoriachilena.cl/temas/documento_detalle.asp?id=MC0064763)
- Corte Constitucional de Colombia (2000). Sentencia C-1141 de 2000. Magistrado ponente: Eduardo Cifuentes Muñoz. Recuperado de LexBase.
- Corte Constitucional de Colombia (2002a). Sentencia C-973 de 2002. Magistrado ponente: Álvaro Tafur Galvis. Recuperado de LexBase.
- Corte Constitucional de Colombia (2002b). Sentencia C-1071 de 2002. Magistrado ponente: Eduardo Montealegre Lynett. Recuperado de LexBase.

- Corte Constitucional de Colombia (2009). Sentencia C-749 de 2009. Magistrado ponente: Luis Ernesto Vargas Silva. Recuperado de LexBase.
- Corte Suprema de Justicia (2001). Sentencia del 13 de diciembre de 2001. Exp. 6775. Magistrado ponente: Manuel Ardila Velásquez. Recuperado de LexBase.
- Corte Suprema de Justicia (2002). Sentencia del 13 de diciembre de 2002. Exp. 6462. Magistrado ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Recuperado de LexBase.
- Corte Suprema de Justicia (2005). Sentencia del 3 de mayo de 2005. Ref. 50001310300119990442101. Magistrado ponente: César Julio Valencia Copete. Recuperado de LexBase.
- Corte Suprema de Justicia (2007). Sentencia del 7 de febrero de 2007. Ref. 23162310300119990009701. Magistrado ponente: César Julio Valencia Copete. Recuperado de LexBase.
- Corte Suprema de Justicia (2009a). Sentencia del 30 de abril de 2009. Ref. 25899319399219990062901. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Recuperado de LexBase.
- Corte Suprema de Justicia (2009b). Sentencia del 24 de septiembre de 2009. Ref. 05360310300120050006001. Magistrado ponente: César Julio Valencia Copete. Recuperado de LexBase.
- Corte Suprema de Justicia (2010). Sentencia del 22 de julio de 2010. Ref. 41001310300420000004201. Magistrado ponente: Pedro Octavio Munar Cadena. Recuperado de LexBase.
- Echeverri Salazar, Verónica M. (2012). Algunos Fundamentos para la Protección del Consumidor. En: *Revista Foro del Jurista*, Edición No. 29 – Octubre de 2012. Medellín: Cámara de Comercio de Medellín para Antioquia.
- Giraldo López, A., Caycedo Espinel, C. & Madriñán Rivera, R. (2012). *Comentarios al Nuevo Estatuto del Consumidor, Ley 1480 de 2011*, Primera Edición. Bogotá: Editorial Legis S.A.
- Ossa Gómez, Daniel (2011). Protección, Garantías y Eficacia de los Derechos del Consumidor en Colombia. En *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* No 112. Medellín: Editorial Universidad Pontificia Bolivariana.
- Ossa Gómez, Daniel (2013). Definición, delimitación, y análisis del ámbito de aplicación del nuevo estatuto del consumidor (Ley 1480 de 2011). Manuscrito presentado para publicación.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2001). Circular Única “Por medio de la cual se expide la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio”. En: *Diario Oficial* No. 44511. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Superintendencia de Industria y Comercio (2010). Concepto de 23 de septiembre de 2010. Radicado: 10-099612- -00003-0000. Funcionario responsable: María del Socorro Pimenta Corbacho (Jefe Oficina Asesora Jurídica). Obtenido el 26 de abril de 2013

- de la página web de la entidad <http://serviciospub.sic.gov.co/Sic/Servicios/Web/PriConceptos.php>
- Superintendencia de Industria y Comercio (2011a). Circular Externa No. 018 “Asunto: Modificar el literal A) del numeral 1.2.8.1, del Capítulo Primero del Título II; adicionar el numeral 1.2.8.2.4 Término de Garantía, al Capítulo Primero del Título II y Adicionar el numeral 1.2.9 Término de la Garantía para Productos No perecederos, al Capítulo Primero del Título II, Todos de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio”. Recuperado de la página web de la Superintendencia de Industria y Comercio [http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/normatividad/circular/2011/Circular\\_\\_Externa\\_18.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/circular/2011/Circular__Externa_18.pdf)
- Superintendencia de Industria y Comercio (2011b). Concepto de 21 de diciembre de 2011. Radicado: 11-153070- -00001-0000. Funcionario responsable: William Antonio Burgos Durango (Jefe Asesor de la Oficina Jurídica). Obtenido el 26 de abril de 2013 de la página web de la entidad <http://serviciospub.sic.gov.co/Sic/Servicios/Web/PriConceptos.php>
- Superintendencia de Industria y Comercio (2012a). Concepto de 28 de marzo de 2012. Radicado: 12-026529- -00002-0000. Funcionario responsable: William Antonio Burgos Durango (Jefe Asesor de la Oficina Jurídica). Obtenido el 26 de abril de 2013 de la página web de la entidad <http://serviciospub.sic.gov.co/Sic/Servicios/Web/PriConceptos.php>
- Superintendencia de Industria y Comercio (2012b). Concepto de 18 de abril de 2012. Radicado: 12-30183- -2-0. Funcionario responsable: William Antonio Burgos Durango (Jefe Asesor de la Oficina Jurídica). Obtenido de la página web de la entidad <http://serviciospub.sic.gov.co/Sic/Servicios/Web/PriConceptos.php>
- Tamayo Jaramillo, Javier (2007). *Tratado de Responsabilidad Civil*, Segunda Edición. Bogotá: Editorial Legis.
- Tamayo Jaramillo, Javier (2009). Ponencia “Responsabilidad por Productos Defectuosos”, en el “Seminario Internacional de Responsabilidad Civil”, celebrado los días 24 y 25 de agosto de 2009 en la Universidad Pontificia Bolivariana, Medellín.
- Tamayo Jaramillo, Javier (2012). Ponencia “La Responsabilidad Civil en el nuevo Estatuto del Consumidor”, en el congreso de Internacional de Derecho de Seguros “La Protección del Consumidor y el Seguro de Responsabilidad Civil”, celebrado el 22 y 23 de marzo de 2012 en Cartagena. Ponencia aún sin publicar.
- Velandia, Mauricio (2011). Derecho de la Competencia y del Consumo, segunda edición: Competencia desleal; abuso de la posición de dominio; carteles restrictivos; actos restrictivos; integraciones económicas y protección al consumidor. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Villalba Cuéllar, Juan Carlos (2012). Análisis de la Ley 1480 de 2011, que Reforma el Estatuto de Protección al Consumidor en Colombia. En: Revista Principia Iuris, Edición No. 17, Enero – Julio de 2012. Tunja: Universidad Santo Tomás.





Título: Tuba  
Técnica: Carboncillo  
Dimensión: 70 x 100 cm

## ***MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN MEDELLÍN\****

\* Artículo realizado en el marco del Semillero de Seguridad Humana del Observatorio de Seguridad Humana de Medellín, para optar al título de abogado.

Fecha de recepción: agosto 16 de 2013  
Fecha de aprobación: octubre 22 de 2013

## MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN MEDELLÍN

*Camilo Yarce Mazo\*\**

### RESUMEN

Este artículo parte del fenómeno violento que azota a Medellín en los últimos años. Busca develar el verdadero contenido de la Seguridad Ciudadana, para así indagar por las funciones que desde el ordenamiento jurídico y desde la institucionalidad se establecen para las instituciones encargadas de ella, demostrando una ambigüedad en tanto operativización de la misma. Así pondremos en evidencia una re-militarización de la Seguridad Ciudadana que conlleva a un recrudecimiento de la violencia y que agudiza la problemática. Finalmente se propone una lectura desde la Seguridad Humana que establezca una alternativa para superar la violencia que aqueja a Medellín.

**Palabras clave:** Seguridad Ciudadana, militarización, policiamiento, Fuerza Pública, Policía.

### MILITARIZATION OF CITIZEN SECURITY IN MEDELLÍN

### ABSTRACT

This article is based on the phenomenon of violence plaguing Medellín in recent years and seeks to reveal the true content of Citizen Security. First, to investigate the juridical and institutional framework of the institutional functions responsible for it. Second, to demonstrate the ambiguity of its operativization. Thus putting here in evidence the re-militarization of Citizen Security, which implicates the upsurge of violence and exacerbates the problem. Finally, I propose a Human Security-based reading that establishes an alternative to overcome the violence that afflicts Medellín.

**Keywords:** Citizen Security, militarization, policing, public force, Police

---

\*\* Abogado de la Universidad de Antioquia, correo electrónico: camiloym10@gmail.com.

# MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA EN MEDELLÍN

## INTRODUCCIÓN

Este texto surge a partir de las discusiones y del trabajo que hemos realizado un grupo de estudiantes al interior del semillero de investigación en Seguridad Humana del Observatorio de Seguridad Humana de Medellín (OSHM)<sup>1</sup>. El cual a lo largo de su trabajo ha permitido reflexionar sobre los distintos enfoques de la seguridad que a partir de ciertas necesidades -ilusorias o reales- han buscado darle una aplicación “efectiva” a la seguridad. De esta manera surge la reflexión que se intenta dar aquí, pues siendo la Seguridad Ciudadana uno de esos enfoques y al que más trascendencia le ha dado el gobierno del presidente Juan Manuel Santos, parecía necesario indagar por este concepto y sobre la aplicación que se le ha dado en la práctica.

De ahí que resultara necesario indagar por las instituciones encargadas de la provisión pública de Seguridad Ciudadana y de la forma en que estas trabajan. Por esto, nos preguntamos a manera de orientación del presente texto, por el cómo del tratamiento que desde la institucionalidad se ha dado al problema de la Seguridad Ciudadana, teniendo en cuenta la existencia del conflicto armado y de las múltiples formas de delincuencia. De esta manera se hace necesario examinar la forma en que se ha dado una doble militarización de la Seguridad Ciudadana en la ciudad (Alonso Espinal, 2012; Angarita Cañas, 2011; Giraldo Ramírez, 2008; Gómez Ramírez, 2012; y Jaramillo & González, 2012).

En ese sentido y teniendo en cuenta la multiplicidad de violencias presentes y persistentes en la ciudad durante décadas, se hace problemática la forma en que desde la institucionalidad se enfrenta el problema general de la inseguridad, pues el tratamiento represivo de la criminalidad, en muchas ocasiones por la vía militar<sup>2</sup>, se consolida no solo como la única forma en que el Estado responde ante esta

---

1 Este Semillero se encuentra inscrito en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, es coordinado por el profesor Pablo Emilio Angarita, quien además asesoró la elaboración de este artículo.

2 Casos muy emblemáticos de esta problemática en la ciudad son las operaciones militares Mariscal y ORION realizadas en 2002 por parte de los organismos de seguridad del Estado en la ciudad “que fueron las más

situación, sino que viene aparejada con diversas violaciones de Derechos Humanos (DDHH) y con un incremento de la violencia (Camacho, 1993).

Sin embargo y pese al intento de las últimas administraciones municipales por transformar positivamente a Medellín, al examinar la situación encontramos cómo contradictoriamente se ha dado un proceso de doble militarización de la Seguridad Ciudadana en la ciudad, a partir de dos de las instituciones involucradas, el Ejército Nacional y la Policía Nacional, como consecuencia de una indiferenciación institucional, legal, funcional y operacional entre los asuntos de orden público y de seguridad estatal, con los asuntos de delincuencia común, de convivencia y de ejercicio libre de derechos por parte de los ciudadanos, que trataremos de mostrar aquí. Indiferenciación que fue muy propia de la Política de Seguridad Democrática del gobierno de Álvaro Uribe Vélez y de la política de Unidad Nacional del presidente Juan Manuel Santos.

De ahí que el manejo de la Seguridad Ciudadana en la ciudad, como veremos, esté todavía sometido a un manejo que privilegia el uso de la fuerza (policial-militar) por parte de los gobiernos locales, regionales, nacionales y de la fuerza pública, quienes bajo el supuesto de enfrentar la criminalidad, que desde 2008 azota a gran parte de la ciudad, se sumerge a las comunidades en una dinámica securitaria en la cual prevalece el uso de la fuerza por encima de otras alternativas más integrales, más humanas, más dignas.

### **ANTECEDENTES DE LA VIOLENCIA URBANA Y LA (IN) SEGURIDAD EN MEDELLÍN, ENTRE EL CONFLICTO ARMADO Y LA DELINCUENCIA COMÚN**

A principios de la primera década del siglo XXI en Medellín, en el marco de la urbanización del conflicto armado nacional, se presentan varias situaciones coyunturales que incidieron fuertemente en las políticas de Seguridad Ciudadana de la ciudad, por un lado, la expulsión de las milicias de las FARC, ELN y CAP (Giraldo Ramírez, 2008: 107), a raíz de las operaciones militares que desarrollaron conjuntamente el ejército, la policía, el DAS y la Fiscalía (principalmente en 2002). Posteriormente las AUC, en el marco de unas cuestionadas conversaciones con el gobierno de Álvaro Uribe Vélez, desmovilizan en Medellín cerca de 868 combatientes del

---

visibles por su contundencia y caracterizadas por un amplio uso de la fuerza por parte del Estado". (Angarita Cañas, Pablo Emilio, 2008)

bloque Cacique Nutibara (Alonso Espinal, 2012), alterando de manera sustancial la dinámica de la violencia e incidiendo radicalmente en los índices de homicidio.

Estos hechos que venían desarrollándose desde las administraciones anteriores, marcaron el Inicio de la administración de Sergio Fajardo (2004-2007), la cual se caracterizó por una considerable disminución de los homicidios en la ciudad, siendo esta atribuida por la institucionalidad y por algunos autores, como resultado de la implementación de una política de seguridad inspirada por el modelo de la administración Mockus en Bogotá, que centra su atención en la convivencia y en hacer de los espacios públicos lugares aptos y seguros para el disfrute de todos los ciudadanos (Vargas Velásquez & García Pinzón, 2008).

Posteriormente en la administración de Alonso Salazar (2008-2011) la cual intentó continuar con la línea de convivencia y prevención de su antecesor, quiso además imprimirle un enfoque transversal de DDHH (PDM, 2008), pues si bien el índice de homicidios había bajado en la ciudad hasta entonces, se mantenía la preocupación por ciertos hechos de violencia que seguían presentándose en la ciudad, como los abusos cometidos por miembros de la Fuerza Pública, y por parte de los grupos armados que se estaban reestructurando en la ciudad, pues, seguían ejerciendo control territorial y cometiendo toda clase de abusos sobre la población (desplazamiento forzado, extorsiones, desapariciones forzadas, etc).

Esto a pesar de la buena imagen que tanto a nivel nacional como internacional había dejado de Medellín el ahora ex alcalde Fajardo, quien se empeñó en dejar el nombre de Medellín como un ejemplo de superación de la violencia, pues las cifras de homicidio disminuyeron considerablemente. Sin embargo, el control territorial que tenían los grupos armados en Medellín bautizados desde la oficialidad como bandas emergentes o como bandas criminales (BACRIM), quedaría en evidencia luego de la extradición de Don Berna<sup>3</sup> y de otros 13 jefes paramilitares, decidida de forma arbitraria por el gobierno nacional y ejecutada en la madrugada de día 13 de mayo de 2008 (Jaramillo & González, 2012; Angarita Cañas, 2012: 284).

Es así como

Medellín se enfrentó en el periodo 2008-2011 a un recrudecimiento de las muertes por homicidio producto en su mayoría de múltiples actividades ilegales ligadas al narcotráfico. Entre 2008 y 2009, se presentó un aumento porcentual sin precedentes en los últimos 20 años en la tasa de homicidios, hecho que sin duda prendió las alarmas de la ciudadanía y las autoridades. (MCV, 2008-2011)

---

3 Jefe paramilitar desmovilizado de las AUC, que fungía como jefe principal de la Oficina de Envigado, heredera del Cartel de Medellín.

Desde entonces en Medellín y el área metropolitana se presenta un enfrentamiento entre los grupos ilegales herederos de los paramilitares por el control económico, político y armado de la ciudad. La Oficina de Envigado se divide en dos facciones, una liderada por alias “Valenciano”, capturado en Venezuela a finales de 2011 y otra comandada por alias “Sebastián” capturado en agosto de 2012. Adicionalmente en la ciudad se está ante la entrada de unos actores externos que vienen a disputarse el control territorial de Medellín como lo son los “Urabeños” y “Rastrojos”, también herederos del paramilitarismo (Jaramillo & González, 2012: pág. 5).

Desde una perspectiva, según la cual es posible diferenciar –conceptualmente– entre la Violencia Urbana y la (in)seguridad ciudadana, puede decirse que, si bien se complejiza mucho más la discusión, se deben establecer mecanismos acordes y pertinentes para contrarrestar los niveles de una y otra. A pesar de que desde algunos sectores se entienda a la violencia generada por el conflicto armado (milicias paramilitares, neoparamilitares), como la que mayor afectación genera en la población.

En ese sentido se entiende a la violencia urbana como la disputa violenta por el control territorial de grupos armados medianamente organizados con alto poder militar, económico y político, y la (in)seguridad ciudadana se entiende como un fenómeno que obedece a otros hechos de violencia distintos a la ejercida por estas organizaciones, la (in)seguridad ciudadana se refiere a delitos como el hurto, la violencia intrafamiliar, la violencia sexual, las riñas y demás actos y agresiones que de alguna manera atentan contra la convivencia y la calidad de vida de los ciudadanos, centrándose principalmente en la vida y bienes de las personas.

Sin embargo, como ya se anotó, los hechos que atentan contra la Seguridad Ciudadana no pueden entenderse totalmente ajenos al conflicto armado y por ende al fenómeno de la violencia urbana; en ese sentido se afirma que las medidas emprendidas desde los diversos actores tanto institucionales como no institucionales, no deben limitarse exclusivamente al uso de la fuerza, sino que deben comprender otros mecanismos que apunten a la prevención, pues en cuanto a la violencia urbana podríamos decir que la violencia genera más violencia, muertes, violaciones de los DDHH, y en cuanto a la delincuencia común, el uso de la fuerza se expresa recurrentemente en más policías y fiscales, cámaras de vigilancia, aumento de penas, pero menos garantías y beneficios procesales y agravamiento de las condiciones de vida en los centros de reclusión.

En efecto estos mecanismos no funcionan como formas de prevención general del delito, lo que desvirtúa el supuesto papel preventivo de la fuerza pública, ya que la policía no ha sido creada para evitar el delito, sino precisamente para actuar cuando este ya se ha cometido, de ahí que la justicia penal, particularmente, funciona bajo lo que Carranza llama el “efecto embudo” consistente en que de la totalidad de

delitos cometidos solo unos cuantos logran ser efectivamente castigados. (Carranza, Elías, 1997: pág. 33)

Sería oportuno, entonces, detenernos un poco y ver como desde diferentes espacios, tanto académicos como institucionales, así como de organismos internacionales, se ha intentado dar una conceptualización que sobre la seguridad ciudadana establezca un marco de acción acorde con las necesidades de nuestra sociedad y que además sea coherente con lo que se propone.

## SEGURIDAD CIUDADANA, HACIA UNA CONCEPTUALIZACIÓN

Tras la finalización de la guerra fría, la visión que a nivel internacional se había tenido de la seguridad, dio un giro importante en relación a los actores en los que esta centra su atención; así desde principios de los años 90s surge un nuevo enfoque de seguridad con el cual se intenta dejar atrás esa vieja idea de la Seguridad Nacional centrada en la protección militar del Estado, y de sus instituciones de amenazas externas, (Ruiz Vásquez: 2004; Angarita Cañas, 2011: 135) desde la cual se buscaba blindar al Estado de ataques y amenazas provenientes de otros estados y que se había convertido en el paradigma desde el cual tradicionalmente se trataba el tema de la seguridad.

A nivel regional durante la guerra fría, la Doctrina de Seguridad Nacional (DSN) fue utilizada para contrarrestar la “amenaza comunista” que se consolidaba esta vez no desde afuera, sino desde el seno mismo de la sociedad ya al interior de los países latinoamericanos, (Leal Buitrago, 2003) estableciéndose la figura del “enemigo interno”, ante lo cual como afirma Ruiz Vásquez (2004):

“Los militares entraban a actuar casi de manera mesiánica en casi todos los sectores de la vida pública, creyendo ser el eje aglutinador y cohesionador de la sociedad ante la debilidad de las instituciones civiles para enfrentar la amenaza comunista” (pág. 126).

En ese momento, nos encontramos ante la emergencia de nuevas amenazas como la expansión de organizaciones criminales transnacionales, el cambio climático, las hambrunas, los conflictos armados internos, las migraciones, el desempleo, entre otras. De ahí que con la desaparición de uno de los bloques hegemónicos, la seguridad como preocupación estatal ha tenido que adaptarse a los nuevos intereses de los estados, esta vez de manera distinta, toda vez que las viejas amenazas casi desaparecen y surgen unas nuevas que obligan a un cambio en el contenido y el ámbito de la protección, pues se buscaba, o al menos eso se decía, desplazar la mirada de la seguridad en el Estado y centrarla en las personas.

Adicionalmente con este cambio, los actores responsables de estos temas también se han multiplicado, lo que genera que la seguridad ya no sea un asunto que radique exclusivamente en cabeza del Estado, sino que por el contrario, se está ante la emergencia de nuevos actores muchas veces no institucionales –como las ONGs- que participan de este tipo de discusiones, teniendo el Estado que compartir su papel central en este campo con una serie de nuevos actores tanto institucionales como no institucionales. (Morillas Bassedas: 48)

Aunado a lo anterior surgen en el ámbito internacional conceptos como la Seguridad Humana y la Seguridad Ciudadana, entre otras, cada una de ellas con sus particularidades, pero coincidiendo en buscar -en principio- alejarse del paradigma del manejo militar<sup>4</sup> de la seguridad y acercarse a otras formas de manejar los problemas de inseguridad con medidas más cercanas a la prevención de la violencia y la delincuencia que a su represión, más proclives a mejorar las condiciones sociales y la calidad de vida de las personas, que a la exasperación del control por la vía militar y policial.

En ese sentido varios son los autores (Arriagada & Godoy, 2000; Escobar, 2001; Vargas Velásquez & García Pinzón, 2008) y organismos internacionales como Naciones Unidas (ONU) y la Organización de Estados Americanos (OEA) que frente al concepto de Seguridad Ciudadana han intentado dar una definición que logre abarcar un campo de acción amplio acorde con las necesidades de los habitantes y que comprenda los factores que inciden en la problemática, pero que mantiene el velo represor aprendido de la DSN. La Seguridad Ciudadana entonces es definida por Irma Arriagada y Lorena Godoy como

[...] la preocupación por la calidad de vida y la dignidad humana en términos de libertad, acceso al mercado y oportunidades sociales. La pobreza y la falta de oportunidades, el desempleo, el hambre, el deterioro ambiental, la represión política, la violencia, la criminalidad y la drogadicción pueden constituir amenazas a la seguridad ciudadana. (Arriagada & Godoy, 2000: 108).

Naciones Unidas por su parte, ha definido a la Seguridad Ciudadana como “la forma principal de la seguridad humana que garantiza los derechos humanos fundamentales y atañe a la libertad y corresponde a la protección de la vida, la integridad y el patrimonio contra el delito”. (MCV, 2012)

---

4 Según Juan Carlos Palou, con la militarización “encontramos una particular concepción que identifica presencia del Estado con la presencia de las fuerzas armadas y de policía. Es decir, aquellas zonas en que las acciones de las entidades de servicio civil del Estado no llegan, vienen a ser copadas con la fuerza pública. Con ello, el ciudadano que habita esas regiones se encuentra con un Estado cuya principal manifestación es de carácter represivo. Se agudiza así la crisis de legitimidad y se aumenta el desprestigio del ejército que no está capacitado para resolver los múltiples problemas sociales de esas regiones” (Palou, 2006)

Destacable de esta noción es la clarísima relación con otra de las formas de seguridad surgidas en este contexto, toda vez que si bien la Seguridad Humana y la Seguridad Ciudadana, conceptualmente, coinciden en darle prelación a elementos como la prevención y tienen en cuenta la calidad de vida de las personas, la primera viene incluida en una triada junto con los DDHH y el Desarrollo Humano, lo que puede constituir a la Seguridad Humana en una opción más cercana a las reales necesidades de las personas que otros enfoques de la seguridad como la ciudadana, pues se evidencia que en América Latina las políticas de Seguridad Ciudadana, se implementan bajo un enfoque más represivo que realmente preventivo como el que se promulga.

Pues como lo señala Ángela Rivas, con respecto al ámbito de aplicación, la Seguridad Ciudadana, se supone debe remitirse

[...] a la noción de calidad de vida en el día a día de los ciudadanos y propende por su mejoramiento, por lo que abarca un campo más amplio de acción. La seguridad ciudadana privilegia la prevención aunque no excluye acciones policivas de control. En ella, la contención del crimen y la violencia es un aspecto fundamental pero no único. (Rivas Gamboa, 2005: 6)

Con lo cual se evidencia que desde esta perspectiva propia de las relaciones internacionales, el uso de la fuerza o la posibilidad de su uso (función exclusiva del Estado de Derecho) no es ajena completamente a la Seguridad Ciudadana, la coerción -desde esta visión- no es más que un recurso “extraordinario” usado ya de manera preferente por otras formas de seguridad, como la seguridad pública o la seguridad urbana. Sin embargo no es posible afirmar seriamente que, por lo menos en América Latina, bajo el concepto de Seguridad Ciudadana se hayan dado casos de manejo preventivo de los problemas de inseguridad, máxime cuando el modelo económico impuesto por Washington establece un tratamiento represivo de las manifestaciones populares de protesta e inconformidad.

De ahí que pueda decirse que la economía de mercado, tendiente a la liberalización, ha traído consigo una larga serie de nefastas consecuencias para el grueso de la población, pues el Estado al despojarse de atribuciones históricas está generando una pauperización de los habitantes, que se traduce en menos empleos, peores condiciones laborales, más informalidad, empeoramiento y privatización de servicios como salud y educación, déficit de viviendas dignas, mercantilización de servicios públicos domiciliarios y un largo etc. (Bauman, 2001).

En consecuencia, de las definiciones aportadas por distintos autores, se puede desprender que la Seguridad Ciudadana si bien es mostrada como una alternativa al tratamiento represivo de las problemáticas de seguridad, no logra incluir elementos que incidan directa o indirectamente en el fenómeno, ya que al no tener en conside-

ración las circunstancias sociales que inciden en la seguridad, como son el bienestar y la convivencia, la prevención y la participación, la igualdad -como sí lo hace la Seguridad Humana-; la Seguridad Ciudadana, en la práctica no logra alejarse de un tratamiento exclusivamente militar y represivo, que trascienda a un enfoque que si bien es más complejo, se acerca a un tratamiento de la seguridad más acorde con los DDHH, la dignidad y las libertades ciudadanas, en contraste, la Seguridad Humana se configura como un instrumento para mejorar la calidad de vida de los mismos.

Hasta este punto solo hemos dado una breve mirada a la definición que desde las relaciones internacionales y algunos autores se ha definido por Seguridad Ciudadana, definiciones que desconocen el verdadero contenido del concepto aquí propuesto; pues desde una perspectiva más realista, se entiende que Seguridad Ciudadana es un concepto derivado de la Seguridad Estatal, que como menciona Moreno Bedoya (2003)

Abarca básicamente el tema de la protección de las personas, de los bienes; acota al mantenimiento de la tranquilidad y orden ciudadano que son finalidades inseparables y mutuamente condicionadas, en última instancia, el fin primordial es el hombre (pág. 213).

Pero desde una visión que solo abarca la protección contra ataques a las personas o a sus bienes, esta definición, no incluye los componentes que hemos mencionado de calidad de vida y convivencia, por el contrario, esta definición se acerca más al concepto de Seguridad Pública, que al de un enfoque de seguridad que se preocupe por el bienestar de la población.

Por otro lado, para autores como Elías Carranza (1997: 24), la “Seguridad Ciudadana” trae consigo una exclusión con respecto a los habitantes que no poseen la categoría de ciudadanos (menores de edad, inmigrantes indocumentados, extranjeros, etc.), razón que lleva a que desde esta perspectiva, se utilice con preferencia el concepto de “Seguridad de los Habitantes” por encima del de Seguridad Ciudadana.

Y adicionalmente advierte que la Seguridad Ciudadana tiene unos antecedentes en América Latina que la relacionan directamente con los militares y la DSN aplicada con mucha fuerza en las décadas del 70 y 80, pues se la ofrecía como un discurso renovado y preocupado por el bienestar de los habitantes, pero que conserva un contenido similar al de la Seguridad Nacional.

### **Colombia, entre la Seguridad Ciudadana y la Seguridad Pública**

A nivel latinoamericano Fernando Carrión, (2002: 45) resalta el hecho de que las políticas de seguridad, en la generalidad de los países latinoamericanos, se han

sostenido con un enfoque propio de la Seguridad Nacional o del Estado, toda vez que el tratamiento para los diversos tipos de violencias es el mismo sin importar que el sector afectado sea la población o el Estado, por lo tanto no hay una diferencia del acto de violencia política, con el de violencia común o de narcotráfico.

Particularmente en Colombia hasta finales de la década de los ochenta, el tratamiento represivo del tema se explicaba en un contexto viciado por la existencia de un conflicto armado prolongado por más de treinta años y, en consecuencia, por periodos sucesivos de estados de excepción, lo que permitía que los fenómenos asociados recibieran un tratamiento primordialmente represivo y policivo, e incluso, en ocasiones, militar. (Escobar, 2001: 67)

De ahí que la Seguridad Ciudadana recién llega a principios de los noventa al debate al interior de las instituciones colombianas y de los diversos actores relacionados con estos asuntos, llega en un contexto en el cual el país se estaba viendo azotado por el recrudecimiento de la violencia asociada con el narcotráfico, en donde el Estado empezaba a darse cuenta de la magnitud exagerada que estaba tomando la violencia tanto a nivel rural como urbano, y de los cambios políticos, sociales y económicos que venían acompañados, o mejor, que derivaron en la nueva Constitución Política de 1991 (Gómez Rojas & Baracaldo Méndez, 2007), donde inclusive se estaba comprendiendo por parte de las instituciones que en Colombia se presentaban varias formas de violencia, ante las cuales se debía acudir a sus elementos característicos, su origen y naturaleza para de esa manera dar un tratamiento más amplio e integral al tema (Escobar, 2001).

No obstante, y teniendo en cuenta el contexto local, es necesario hacer una diferenciación entre Seguridad Ciudadana y Seguridad Pública, pues no es posible reflexionar sobre este tema olvidando que en Colombia desde hace varias décadas hace presencia un conflicto armado de carácter político y social, en el cual operan distintos actores armados como guerrillas y grupos paramilitares, los cuales, en su actividad, han sostenido acciones con rasgos típicos de la delincuencia común (como el hurto de vehículos) debido a las ya conocidas relaciones con el narcotráfico, y donde además la delincuencia común recurre a acciones propias de los grupos del conflicto armado<sup>5</sup> (como el secuestro).

Por lo cual la discusión y diferenciación entre Seguridad Pública y Seguridad Ciudadana, debe tener en consideración el conflicto armado interno, pues si bien estas dos hacen parte de la Seguridad del Estado, la segunda es la que debería in-

---

5 Debe tenerse en cuenta que después del cuestionado proceso de desmovilización de los grupos paramilitares y su posterior rearme en la forma de BACRIM, también se desdibuja mucho el límite entre una forma y otra de seguridad y de lo que se debe proteger con cada una.

cluir elementos de prevención referentes a la calidad de vida de las personas y sus condiciones vitales, la primera en cambio, en un nivel más limitado,

Ha sido definida como el conjunto de políticas y acciones coherentes y articuladas que tienden a garantizar la paz pública por medio de la prevención y represión de los delitos y las faltas contra el orden público, mediante el sistema de control penal y el de la policía administrativa. (Arriagada & Godoy, 2000: 109).

Mariana Escobar, al respecto de la diferenciación y confusión operativa frente a estos conceptos, dice que

Si bien los grupos armados al margen de la Ley (guerrillas y paramilitares) representan un problema central de orden público, se puede pensar que en el largo plazo, mediante acciones sostenidas y sistemáticas, puedan desestabilizar la seguridad ciudadana, entendida en términos de calidad de vida. De otra parte, el crimen organizado urbano, que claramente es la tendencia delictiva contemporánea por excelencia –y el caso colombiano no es una excepción, también representa una evidente amenaza contra la seguridad nacional, y, en este sentido, puede en ocasiones cruzar los límites del orden público. (2001: 69)

Así la Seguridad Ciudadana se erige como un “nuevo” paradigma que sirve como referente para la formulación y aplicación de políticas de seguridad y como concepto que se supone amplía el ámbito de aplicación de las medidas de seguridad, y en la cual aparecen en escena nuevos actores que inciden para mal o para bien en la operativización del concepto; sin embargo desconoce el oscuro legado que ha dejado la DSN en América Latina, el cual es recuperado o sostenido por las políticas de Seguridad Ciudadana que tras un discurso de prevención y bienestar, continúa la racha represiva propia de la guerra fría.

## MILITARIZACIÓN DE LA SEGURIDAD CIUDADANA

El Estado dentro del modelo económico de tendencia neoliberal, se convierte en un Estado policial y en consecuencia un Estado penal y penitenciario (Muñoz Conde). Fenómeno que va acompañado de una creciente sensación generalizada de inseguridad y de miedo<sup>6</sup>, estimulada por los medios de comunicación. El poder

---

6 “El año 2009 representó un quiebre en la percepción ciudadana sobre seguridad en la ciudad, lo cual se vio reflejado no solo en la disminución en la percepción de seguridad en la ciudad y en el barrio, sino en la aparición de este tema por primera vez dentro de los tres primeros lugares de los temas que la ciudadanía

punitivo crece<sup>7</sup>, se criminaliza la pobreza, se segmentan las ciudades, se incrementa el número de empresas de seguridad privada, convirtiendo a la inseguridad y el cómo enfrentarla, en la mayor preocupación de las sociedades y a la ciudad en algo similar a un campo de batalla.

Este fenómeno conocido como *securitización*, puede caracterizarse, entre otras cosas, por centrar la mirada en la protección de los intereses de los grupos dominantes y sus fuentes de recursos, del Estado y sus instituciones, por pretender adjudicarle un carácter de riesgo tal a cualquier fenómeno social, *-verbi gracia* el consumo de drogas-, para convertirlo en un problema de seguridad. Lo que marca una fuerte tendencia de este enfoque a la militarización, pues en un contexto de múltiples precariedades sociales y ante las posibles manifestaciones de inconformidad social, el Estado y sus élites buscan blindarse ante ataques que puedan poner en riesgo su estabilidad<sup>8</sup>, pues cualquier tipo de manifestación de inconformidad social es leída como subversiva y tendiente a la destrucción de la organización estatal y de la tranquilidad ciudadana. Desde este enfoque securitario y militarista se desdibujan los fines del Estado, pues aquí no se busca proteger a los ciudadanos, sino que, por el contrario, el Estado busca protegerse así mismo de ellos<sup>9</sup>. (Gómez Ramírez, 2012; Uprimny Yepes & Sánchez Duque, 2010)

Frente a esta tendencia mundial, Colombia no ha sido indiferente pues, desde inicios del siglo XX, pero con mayor énfasis desde la década de 1950, la institución policial en Colombia fue militarizada en cuanto a su dependencia, organización y capacitación. Ya para la década de los ochenta, el país enfrentaba el acelerado crecimiento del narcotráfico, el paramilitarismo y de los grupos guerrilleros, ante lo cual la institución policial se veía, en muchas ocasiones, desbordada ante la magnitud del primero y la capacidad bélica de los segundos.

### **Militarización de la Policía Nacional**

Ante el inusitado aumento de la violencia a finales de los ochenta e inicios de los noventa, y considerando la fuerte infiltración del narcotráfico y el paramilitarismo

---

prioriza para que el gobierno local le preste más atención. [...] convirtiéndose en el tema que más creció en importancia, entre 2007 y 2011". (Encuesta de Percepción Ciudadana Medellín, 2011)

7 La ley 1453 de 2011, conocida como la ley de Seguridad Ciudadana, en síntesis contiene: un incremento de la pena para 21 delitos, creación de 10 nuevos tipos penales, reducción de los beneficios penales y procesales penales, además de la creación de un estado de flagrancia permanente al establecer los registros de las videocámaras de vigilancia como válidos para legalizar captura en flagrancia.

8 A la postre la mencionada ley establece en su artículo 44 una evidente criminalización de la protesta social al penalizar severamente la obstrucción de vías públicas.

9 Algunos autores han llamado a este fenómeno como "nuevo militarismo" (Gómez Rojas, 2008)

en todas las esferas del Estado, especialmente en los organismos de seguridad, se convoca a una Asamblea Nacional Constituyente de la que emerge la actual Constitución de 1991 que intenta dar un cambio en materia de seguridad, de ahí que se establezca en el artículo 216 de la nueva Constitución Política que la Policía Nacional debe continuar como parte de la Fuerza Pública adscrita al poder ejecutivo, en el artículo 189, numerales 3 y 4 se le atribuye la función de conservar el orden público y restablecerlo donde fuere turbado. Pero, el artículo 218 la define como “Un cuerpo armado permanente, de naturaleza civil, a cargo de la nación, cuyo fin primordial es el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz”. (CP, 1991)

De esta manera puede entenderse que en ese momento, desde la institucionalidad se tenía cierta confusión en tanto que el papel de la policía en materia de seguridad no es la de enfrentar a un enemigo interno, ni mucho menos la de ser un cuerpo preparado para defender al Estado, como bien lo anuncia la Carta Magna, en cambio, la policía al tener un carácter civil y el deber de garantizar el libre ejercicio de los derechos de los ciudadanos, se ubica en una posición que la diferencia de manera sustancial de la fuerza militar, pudiéndose colegir que la Seguridad Ciudadana, en principio es atribución de las autoridades de policía y no del ejército.

Adicionalmente, y dado el carácter civil que se pretende imprimirle a la policía, se establece en el artículo 315 numeral 2 de la Carta, que los alcaldes se constituyen en la primera autoridad de policía de sus municipios y los gobernadores de los departamentos respectivamente, aunque en la práctica esta disposición ha traído muchos inconvenientes, pues no ha existido una real coordinación entre las autoridades civiles y las policiales en materia de seguridad, pues los comandantes de policía al entender que siguen siendo una policía de orden nacional siguen obedeciendo las decisiones que se toman desde la centralidad.

Así, el ejército está destinado casi que exclusivamente al mantenimiento de la seguridad del Estado y sus instituciones y a la protección de la soberanía nacional, es la fuerza militar la encargada de combatir a las guerrillas, pues desde el discurso que ha sostenido tradicionalmente el Estado colombiano, son quienes no solo ponen en peligro la organización estatal y el orden público, sino que adicionalmente pueden desestabilizar la calidad de vida y la convivencia de los habitantes<sup>10</sup>. Y la policía, por ende, también desde el discurso del Estado, centraría su campo de acción en el

---

10 Sin embargo desde una perspectiva amplia, es necesario resaltar que muchas de las políticas y medidas gubernamentales que afectan múltiples aspectos de la vida de las personas, pueden generar afectaciones, tal vez, más graves que la misma violencia ejercida por las guerrillas; un ejemplo de ello es la histórica

mantenimiento y garantía de la convivencia, la prevención de las contravenciones y la mediación en conflictos interpersonales, buscando así acercar la institución policial a la comunidad, aunque debe decirse, que esto no es más que un discurso, pues en realidad la principal función de la policía es la de ejercer control sobre la población.

Es por eso que mediante la ley 62 de 1993 se buscaba dar un cambio sustancial a la policía, esta reforma se dirigió especialmente por un lado a

Implantar organismos de control de las acciones de la policía con la conformación de la Superintendencia de Vigilancia y el Comisionado de la Policía. Igualmente tendió hacia una especialización creciente de las ramas policiales. En definitiva esta reforma pretendió introducir controles civiles en la institución, pero no entró a modificar la dinámica de organización en su interior de aspectos como el trabajo en equipo, la relación superior jerárquico-subordinado, el clima organizacional, el cumplimiento de los procedimientos y tareas, entre otros. (Ruiz Vásquez, 2006: 196)

Por otra parte, esta reforma buscaba transformar el histórico perfil militar de la policía, pretendiendo con esto, como ya se mencionó, acercarla más a la comunidad e imprimirle de esta manera un carácter más preventivo que represivo y alejarla de prácticas de corrupción y violaciones a los DDHH. Sin embargo, como recuerda Ruiz Vásquez (2006) esta reforma quedó incompleta, pues “pensaba que eliminando el supuesto perfil militar de la policía se allanaba el camino para su modernización. En nada se tocaron sus estructuras organizacionales y mucho menos la cultura” (pág. 201).

Adicionalmente su adscripción al Ministerio de Defensa resulta sumamente contradictorio, pues un órgano de naturaleza civil, cuyo fin es la prevención del delito, la cercanía con la comunidad y la garantía del ejercicio de derechos, sería más coherente que dependiera del Ministerio del Interior, en el entendido que este ministerio es el encargado de entablar una coordinación entre las distintas entidades en temas de prevención y convivencia, como puede verse este intento de reforma ni siquiera logró eliminar el perfil militar de la institución.

En síntesis, es menester mantener una clara diferenciación entre cada una de las fuerzas (militar y policial) en aras de establecer las diferencias operativas entre ambas, pues mientras el ejército se encarga de proteger la seguridad del Estado,

---

concentración de la tierra en manos de unos pocos, el régimen de salud actual, el sistema carcelario y la enorme desigualdad del país.

con el respectivo control de las fronteras, a la policía le corresponderían tareas de convivencia, y de garantía en el ejercicio de derechos.

Sin embargo, como anota Claudia Gómez (2008: 14) a pesar de la clara delimitación de sus funciones se demuestra como hay un descuido latente de la función preventiva y un abandono de posiciones estáticas propias de este cuerpo, asumiendo lógicas de movilidad propias de las Fuerzas Militares (FFMM) y que se haga especial énfasis en las actividades propias que demandan uso de la fuerza y se dejen de lado el diálogo y la mediación.

De manera contraria a lo que establece la Constitución y lo que abiertamente se pretendía con la reforma de la policía, los gobiernos han mantenido la estructura militar de esta, pues persiste una ambigüedad funcional, en tanto que por un lado se pretende darle un carácter civil y preventivo y por el otro se les adjudican funciones de lucha contra las guerrillas, desdibujando de esta manera la tendencia de principios de los noventas, conllevando a una pérdida de cercanía con la comunidad, y a convertirse en un agente represor donde se privilegia la Seguridad Pública (del Estado) por encima de la Seguridad Humana, y generando que la policía se centre en la eliminación de esos agentes destructores del orden en menoscabo de la protección de los ciudadanos, situación que aún cuando perturba la convivencia entre los ciudadanos, no es el único elemento que altera el orden social, en ese orden de ideas la militarización se ha convertido en un componente indispensable de la Seguridad Ciudadana y no algo ajeno a su esencia.

Para una aproximación actual al perfil con que cuenta la policía puede decirse que

La Policía de Colombia es un organismo de carácter nacional, profesionalizado hace más de 17 años, que cuenta con una estructura orgánica que le permite atender diferentes necesidades en relación con el orden público, la convivencia y la seguridad de los ciudadanos y dependiente del Ministerio de Defensa, lo que unido a las problemáticas del conflicto armado interno y la lucha contra narcotráfico ha hecho que la institución haya sufrido procesos de militarización continuos que resultan evidentes en algunas de las funciones que desempeña, el tipo de armamento que utilizan ciertos grupos especiales y la forma de operar de algunas unidades policiales. (Gómez Rojas & Baracaldo Méndez, 2007: 102)

### **Militares y re-militarización de la Seguridad Ciudadana**

Pese a todo lo anterior, en el presente y particularmente para el caso de Medellín, la Seguridad Ciudadana y su mantenimiento ha sido objeto de tensión entre los múltiples órganos de decisión en la ciudad, pues desde cierta perspectiva, el fenómeno de violencia urbana de los últimos 3 años ha obedecido a una exasperación

de la delincuencia común a la cual no se le ha puesto el debido control. Pero desde otra visión se argumenta que el período de mayor disminución de los homicidios en la ciudad -2003-2008- obedeció a la consolidación del control hegemónico que sobre la criminalidad ejercían Don Berna y la “Oficina de Envigado”, claramente herederos del paramilitarismo, que por varios años ejerció el control armado en la ciudad y que los llevó a hacer de Medellín un importante bastión de intereses narcoparamilitares. Llevando a que el ejército terminara cumpliendo tareas de Seguridad Ciudadana.

Ejemplo de la militarización es lo ocurrido en abril de 2009, cuando a petición del alcalde Salazar, la Cuarta Brigada del ejército desplegó 500 hombres en varios sectores de la ciudad<sup>11</sup>; posteriormente, a inicios de 2010, el entonces presidente Uribe, quien ante el aumento de la violencia en la ciudad ordenó la presencia de 200 hombres del ejército y 400 policías para que controlaran la situación, acción sustentada en el supuesto llamado de la comunidad para que desde el gobierno nacional se aumentara el pie de fuerza de la zona y así evitar los enfrentamientos entre las facciones de la “Oficina de Envigado” que se disputaban el sector para dar con su captura o su eliminación, corroborando así, el enfoque securitario y militarista de la Política de Seguridad Democrática de ese gobierno.

Este hecho puede servirnos como ejemplo para hablar de una segunda forma de militarización de la Seguridad Ciudadana, entendiendo por tal, aquella en la cual los militares entran a ejercer funciones propias de la Seguridad Ciudadana en conjunto con la policía, reforzando de esta manera el giro militarista que ha caracterizado a las policías latinoamericanas. Refuerzo que algunos autores han llamado “*policiamiento del ejército*”, y que se constituye además en una muestra de lo que ya mencionábamos acerca de que la Seguridad Ciudadana se establece como una forma “novedosa” de entender la seguridad, pero que esconde los mismos fundamentos de la Seguridad Nacional traída al interior del país, más precisamente a los territorios urbanos.

Para entender esto es necesario dar una mirada al artículo 217 de la Constitución Política que establece el carácter que supone debe tener el ejército: “*Las Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional*”, llevándonos a la conclusión de que están constitucionalmente destinados de manera exclusiva para el combate frontal a ese “enemigo interno”.

---

11 Ejército despliega 500 hombres en comunas de Medellín. (2009, 8 de abril)

Al respecto también se refiere el artículo 91 de la Constitución, de donde se desprende que la doctrina de funcionamiento es distinta según la fuerza de que se trate. Pues establece que:

En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Los militares en servicio quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden.

Así las cosas la policía funciona bajo la lógica de obediencia reflexiva y actuación individual, entendiendo que ante una situación el agente debe según sus conocimientos tanto del terreno como del contexto y de la normatividad vigente, realizar acciones en pos de mejorar esa situación, en cambio los militares funcionan bajo la doctrina de obediencia debida y bajo la lógica de “espíritu de cuerpo”, de ahí que los soldados deban actuar conjuntamente y desempeñando a cabalidad las tareas ordenadas por sus superiores jerárquicos.

Este mencionado fenómeno de *policiamiento* del ejército se presenta particularmente en Colombia desde finales del siglo XX marcado -como ya se advirtió- por un recrudescimiento del conflicto armado y por el surgimiento de distintos actores armados que complejizan la situación de seguridad en el país; en ese sentido, el ejército ha asumido tareas que en principio se entienden como de Seguridad Ciudadana, campo de acción propio de la Policía Nacional. El control del tránsito en zonas urbanas, la ubicación de puestos de control para la verificación de antecedentes, cubrimiento de eventos masivos, patrullaje en zonas residenciales, presencia permanente en las carreteras y, particularmente para el caso de Medellín, el establecimiento de bases militares en las comunas más conflictivas de la ciudad con garitas y barricadas con costales de arena, buscando protegerse de posibles ataques armados<sup>12</sup>, teniendo una incidencia decisiva sobre el conflicto armado.

Generando no solo confusión entre la comunidad sobre las reales funciones y misiones de cada cuerpo armado, el civil (policía) y el militar (ejército), sino también entre las instituciones, pues hay tanto una ambigüedad sobre los límites de estas, como una desnaturalización de los ámbitos llamados a proteger o a combatir (orden público, seguridad, convivencia, calidad de vida y ejercicio de derechos y libertades). Confusión que en últimas termina siendo funcional a una estrategia de

---

12 “En la actualidad la Comuna 13 tiene tres CAI periféricos, 12 bases del Ejército y 7 puestos de policía. Tras el traslado de 200 uniformados más a la Comuna en respuesta al asesinato de dos policías, el pasado 21 de octubre de 2012, unos 900 efectivos recorren hoy el territorio sembrando tanto temor como los mismos combos”. (soycomuna13, 2013)

control y dominación de la población y no de neutralización de los grupos armados como intenta mostrarse.

Esta presencia militar del Estado en los territorios urbanos contribuye a incrementar la percepción de inseguridad que viven las comunidades, pues en muchas ocasiones personal de la fuerza pública se ve implicado en fenómenos de corrupción y de abusos de autoridad que se traducen en violaciones flagrantes a los DDHH, existen denuncias tanto de ciudadanos y de organizaciones comunitarias, como de organizaciones defensoras de los derechos humanos que han denunciado estas situaciones.

De esta manera el Estado adquiere una imagen de agente generador de miedo entre la población, que desdice de su supuesto fin protector, de ahí que pueda decirse que esta desnaturalización de funciones acarrea una politización de las fuerzas militares, una difuminación de las fronteras entre lo civil y lo militar, es decir, un rompimiento de lo que separa el conflicto armado de la mera delincuencia y una deslegitimación de la fuerza pública surgida por un corrompimiento de esta en razón de los probados vínculos de algunos de sus miembros con las organizaciones armadas poniendo en riesgo lo que se supone intenta proteger, la Seguridad Ciudadana.

Demostrando una vez más, no solo la ineficacia de este tipo de medidas sino también su inconveniencia, sustentada en los abusos y violaciones, la tendencia de algunos miembros de la fuerza pública de terminar vinculados o relacionados a los grupos armados y en consecuencia la fuerte deslegitimación no solo de la fuerza pública sino por ende del mismo Estado.

Adicionalmente, como ha demostrado la experiencia, la presencia de militares en centros urbanos si bien al comienzo puede generar una disminución del número de delitos (principalmente homicidios), rápidamente los grupos armados, y los delincuentes se dan cuenta de la incapacidad real de los militares para confrontarlos, debido a que su entrenamiento no está diseñado para operaciones en zonas residenciales, y que sumado a lo anterior, la delincuencia sabe muy bien como cualificarse o desplazarse ante la eventual dificultad de seguir con el curso normal de sus actividades. En consecuencia esta disminución de los homicidios y los enfrentamientos entre grupos armados, no es más que una ilusión mediática que intenta venderle a la opinión pública la idea de que el tratamiento militar de esta problemática es la única solución.

Sin embargo, es notorio como para algunos de los funcionarios encargados de los asuntos de seguridad, persiste una confusión y un desconocimiento tanto de las realidades que se viven en los barrios, como de conceptos básicos, pues se confunden los problemas de convivencia con los de orden público, y las acciones de prevención con las medidas represivas.

Así las cosas –y como ha podido observarse- existen en materia de Seguridad Ciudadana dos aspectos que no parecen coincidir, pues en efecto en la operativización del concepto, parece responder a una necesidad de proteger el orden público y al Estado, desdiciendo de esta manera, del supuesto fin protector de los derechos de los ciudadanos, como se establece desde el origen del mismo.

Por ende resulta necesario dar una lectura más rigurosa frente a este fenómeno de militarización de la Seguridad Ciudadana en el entendido de que estamos en presencia de un reforzamiento de la lógica militar y combativa, que se intentaba disminuir con este enfoque supuestamente preocupado por el bienestar de los habitantes.

### MILITARIZACIÓN EN DOBLE VÍA

Como ha podido verse hasta ahora, en la generalidad de los países latinoamericanos, -de los cuales Colombia no es la excepción- el manejo que desde la institucionalidad se le ha dado a la problemática de (in)seguridad ciudadana, no ha sido acorde con el espíritu del concepto, ni con la tendencia que se daba en el mundo a partir de la década del 90, más bien ha estado permeada y obediente a la tendencia que se ha desprendido desde EEUU y Europa después de los atentados del 11 de septiembre de 2001 en Nueva York y del 15 de marzo de 2002 en Madrid.

Así para Lilian Bobea (2004: 95) sobre este *policiamiento* de la Seguridad Ciudadana para el caso caribeño, pero sumamente comparable con el contexto colombiano, nos llama la atención sobre la “*comodidad*” de los militares en tareas de Seguridad Ciudadana, pues la sienten como un aspecto natural de su estructura heredada de la Seguridad Nacional, pues afirma que

No es aventurado afirmar que si hay un campo donde los militares se sienten más en casa en este proceso de reconversión al que aludimos es el de la seguridad ciudadana y el control del orden público, en la medida en que este se plantea como una extensión «natural» de sus funciones originarias como garantes de la soberanía y la integridad territorial, [...] el empleo de las FFAA como un recurso para frenar el auge de la criminalidad ha ido de la mano con la incapacidad de los gobiernos para aplicar políticas preventivas e integrales de control de la delincuencia. (Bobea, 2004)

Constituyendo de esta manera un retroceso conceptual y práctico que ha sacado a la luz lo que podría interpretarse como el verdadero contenido de la Seguridad Ciudadana que ya advertíamos con Carranza, pues en Colombia parece como si nunca hubiéramos superado el estatuto antiterrorista de 1978, ya que el uso casi indiscriminado de la fuerza y de la criminalización, y peor aún, el uso exclusivo de

la fuerza policial y militar (con las difusas diferencias que contienen en la práctica), marca lo que en este trabajo hemos dado en llamar una doble militarización de la Seguridad Ciudadana que en nada, o en muy poco, se diferencian de la DSN y del concepto de Seguridad Pública.

En ese sentido, afirmamos que si bien la policía sigue manteniendo un papel protagónico sobre la Seguridad Ciudadana, esta lo hace desde una lógica militarista, ajena a los fines de cercanía a la comunidad y despreocupada por la calidad de vida de las personas, esta dinámica militar lleva a la institución a convertirse en un cuerpo militar adicional al ejército, los cuerpos especiales como el GOES (Grupos de Operaciones Especiales) y el COPES (Comandos de Operaciones Especiales), el uso cada vez más frecuente de armamento propio de la guerra frontal en la selva, el orden jerárquico sumamente similar al militar y la adscripción al Ministerio de Defensa hacen de la Policía Nacional una rama adicional del Ejército Nacional<sup>13</sup>.

Por su parte, en el ejército hemos presenciado lo que Claudia Gómez (2008) llama un “*policiamiento*”, que no es más que un reforzamiento de la lógica militar en materia de Seguridad Ciudadana, pues en vista de que este al patrullar en zonas residenciales urbanas, continúa bajo la misma lógica guerrerista de aniquilación del enemigo, mantiene la misma estructura jerárquica y el principio de obediencia debida, por eso es que afirmamos que en este sentido sería más preciso hablar de una *re-militarización* de la Seguridad Ciudadana, que de un *policiamiento* del ejército.

Aunque la experiencia ha demostrado que este tipo de medidas represivas y militaristas, como la instalación de bases militares en zonas residenciales, no resultan ser eficientes ni logran disminuir la criminalidad ni los hechos de violencia, sin contar las violaciones a los DDHH cometidos por miembros de la fuerza pública<sup>14</sup>, siguen siendo muy llamativas para los políticos, pues este tipo de visiones tienen un caudal electoral muy numeroso.

La doble militarización de la Seguridad Ciudadana, entonces, resulta no solo perjudicial para un Estado que se dice social y democrático, en el entendido de la deslegitimación de sus instituciones, sino que además genera que las problemáticas propias de fenómenos de violencia e (in)seguridad ciudadana se agudicen en vez

---

13 No obstante la problemática de violencia, las élites y la clase dirigente de la ciudad, o no se han percatado de la situación o han sabido acomodarse a ella, pues les resulta conveniente en tanto la militarización de sectores excluidos de la ciudad ayuda al fortalecimiento y mantenimiento de su poder económico y político.

14 Como se indica en el informe de derechos humanos de la personería de Medellín 2012, continúa una fuerte presencia de extorsiones, desplazamientos forzados intraurbanos, desapariciones forzadas, reclutamiento de menores y trata de personas (muchas de ellas menores de edad), esto a pesar de la fuerte presencia militar y policial en muchas zonas de la ciudad.

de desaparecer, mientras el enfoque con que cuenta la administración, el Concejo municipal y la fuerza pública siga privilegiando exclusivamente la “guerra frontal” a la delincuencia y mientras no se le entienda a esta como un fenómeno abstracto, cambiante y resultado de problemáticas más estructurales, el ciclo de violencia que desde hace varias décadas vive la ciudad de Medellín, no desaparecerá.

La Seguridad Humana se erige como una posibilidad que quizás pueda ayudar a cambiar el paradigma belicista de la seguridad a la que nos hemos acostumbrado, pues cuando atendemos las múltiples dimensiones de la vida de las personas de forma interdependiente, cuando se toman como sustento a los DDHH y cuando se piensa en el desarrollo con un sentido humano y ajeno a intereses mezquinos e individualistas propios de sistema de libre mercado, se está dando un paso muy grande en el mejoramiento de las condiciones de vida de la mayoría, para así tener por fin una vida libre de miedos y libre de necesidades.

## CONCLUSIONES

A lo largo de este artículo hemos explorado como desde el enfoque de Seguridad Ciudadana en Colombia y particularmente en el caso de la ciudad de Medellín, se está ante una propuesta que intenta mostrarse con interés en centrar de forma preferente la mirada en los ciudadanos, buscando desde este enfoque brindar protección a los habitantes del territorio, pero que no logra brindar una seguridad realmente integral e incluyente que parta del interés por mejorar las condiciones de convivencia y de bienestar de la población.

Unido a lo anterior se evidencia una priorización del orden público por encima de los habitantes, pues en la ciudad de Medellín prevalece un enfoque muy restringido de la Seguridad, toda vez que en la práctica no ha sido un interés de las instituciones enmarcar las políticas de seguridad de manera acorde con estos preceptos democráticos y de Desarrollo Humano mencionados. Sino que se continúa reproduciendo y aplicando un enfoque restringido de la seguridad donde lo que se busca aplicar es la protección del orden público a través de un discurso de ciudadanía, desconociendo los factores estructurales que producen dicha problemática delictiva.

Se ha evidenciado por tanto el fuerte enfoque securitario, que impera actualmente en el país y en la ciudad, donde se mezclan y confunden los presupuestos misionales de cada institución, pues se parte de entender que la policía está para operar cerca de la comunidad y en estrecha colaboración con esta en búsqueda de la solución de problemas, en cambio, el ejército está para combatir de manera frontal a un enemigo que amenaza el *statu quo*, y ante el cual no opera sino la confrontación armada.

Este enfoque que prioriza la seguridad del Estado sobre la calidad de vida de sus habitantes, ha conllevado a convertir a la policía en un cuerpo armado paralelo al militar, en donde frente a una mirada ambigua que no sabe diferenciar entre la Seguridad Nacional y la Seguridad de los Habitantes (ciudadana), lleva a deteriorar el verdadero papel que en una democracia debe jugar la institución policial, generando su militarización, incrementado su alejamiento de la sociedad y en consecuencia, agudizando aún más la problemática de violencia en los barrios de la ciudad.

Como se puede evidenciar, este enfoque represivo, punitivista y carcelario, no ha servido para frenar o disminuir siquiera el alto nivel de conflictividad que persiste en la ciudad, A la alta tasa de homicidios que persiste, se le añaden los desplazamientos forzados de población, desapariciones, extorsiones y trata de personas, entre otras vulneraciones.

Solo nos queda entonces afirmar que en Medellín se ha caído en la trampa “efectivista” de la doble militarización de la Seguridad Ciudadana, que pretende ver y hacer ver, a la utilización exacerbada de la fuerza, como la única forma eficaz y expedita de resolver una problemática de tan diversas características, de donde se puede concluir que este tipo de medidas no son realmente beneficiosas para la comunidad, por el contrario es de aceptarse que esta lógica guerrerista de la seguridad solamente trae más dolor y sufrimiento para la gente que al final resulta en medio de las confrontaciones.

Por último, la doble militarización de la Seguridad Ciudadana no trae paz y tranquilidad, no estimula el ejercicio de derechos, no mejora las condiciones sociales y estructurales en que viven las personas más excluidas de la ciudad; por el contrario lo que vemos es que tras discursos de seguridad y tranquilidad para las comunidades, se esconden realmente intereses de los grandes poderes económicos y políticos legales e ilegales; la militarización lleva a una paranoia colectiva, afianza el miedo en la ciudad y perpetúa las dinámicas violentas arraigadas por años en Medellín. La pregunta que queda frente a la militarización de la Seguridad Ciudadana es: ¿qué se intenta proteger?

## BIBLIOGRAFÍA

- Alonso Espinal, M. A. (2012). Anotaciones desde lo local al proceso de desmovilización, desarme y reincarceración en Antioquia. En M. A. Alonso Espinal, W. F. Pérez Toro, & J. C. Vélez Rendón, *Ensayos sobre conflicto, violencia y seguridad ciudadana en Medellín, 1997-2007* (págs. 305-331). Medellín: Instituto de Estudios Políticos.

- Angarita Cañas, P. E. (2011). *Seguridad democrática lo invisible de un régimen político y económico*. Medellín, Colombia: Siglo del hombre .
- Angarita Cañas, P. E. (2012). La política de seguridad urbana en Colombia: el caso de Medellín, 2006-2011. En G. Kessler, & J. A. Zavaleta Betancourt (Ed.), *La inseguridad y la Seguridad Ciudadana en América Latina* (págs. 259-301). Buenos Aires: CLACSO.
- Angarita Cañas, P. E; et al (2008). *Dinámicas de guerra y construcción de paz Estudio interdisciplinario del conflicto armado en la comuna 13 de Medellín*. Medellín, Colombia.
- Arriagada, I., & Godoy, L. (2000). Prevenir o reprimir: el falso dilema de la seguridad ciudadana. *CEPAL* (70), 107-131.
- Bauman, Z. (2001). Los usos de la pobreza. En *La sociedad individualizada* (págs. 133-141). Madrid: Ediciones Cátedra.
- Bobeá, L. (2004). ¿Juntos pero no revueltos? De la militarización policial al policiamiento militar: implicaciones para las políticas de seguridad ciudadana en el Caribe. *Nueva Sociedad* (191), 90-102.
- Camacho Guizado, Á. La reforma de la Policía: realidades inmediatas y objetivos estratégicos. En *Análisis Político* no 19, 1993. p.106.
- Carranza, E. (1997). *Delito y seguridad de los habitantes*. (Ilanud, Ed.) México: Siglo XXI.
- Carrión, F. (2002). De la violencia urbana a la convivencia ciudadana. En F. Carrión (Ed.), *Seguridad ciudadana, ¿espejismo o realidad?* (págs. 13-58). Quito, Ecuador: FLACSO.
- Departamento Nacional de Planeación (2012). *Boletín de seguimiento consolidación de la paz, num 7*. Bogotá.
- Ejército despliega 500 hombres en comunas de Medellín. (2009, 8 de abril). Tomado de: <http://www.wradio.com.co/noticias/judicial/ejercito-despliega-500-hombres-en-comunas-de-medellin/20090408/nota/792217.aspx> revisado el día 30 de mayo de 2013.
- Escobar, M. (2001). Algunas limitaciones institucionales para la implementación de políticas de convivencia y seguridad ciudadana en los ámbitos nacional y territorial. *Planeación y Desarrollo* , 67-99.
- Giraldo Ramírez, J. (2008). Conflicto armado urbano y violencia homicida el caso de Medellín. *URVIO, Revista Latinoamericana de seguridad ciudadana* (5), 99-113.
- Gómez Ramirez, H. C. (2012). *Control Territorial y Resistencias: una lectura desde la Seguridad Humana*. Medellín: Observatorio de Seguridad Humana de Medellín.
- Gómez Rojas, C. P. (2008). Militarización de la Policía Nacional y policiamiento del Ejército Nacional en Colombia. *The National Defense University* , 1-20.
- Gómez Rojas, C. P., & Baracaldo Méndez, E. (2007). La corresponsabilidad: una estrategia para la convivencia y la seguridad ciudadana para la Policía Nacional de Colombia. *URVIO, Revista latinoamericana de seguridad ciudadana* (2), 99-111.
- Jaramillo, A. M., & González, S. (2012). Medellín: Panorama de la Criminalidad y Actores de Violencia (1985- 2012). Corporación REGION.

- Leal Buitrago, F. (2003). La doctrina de seguridad nacional: materialización de la guerra fría en América del Sur. *Revista de Estudios Sociales* (15), 74-87.
- Medellín Cómo Vamos, (2012), Memoria mesa de trabajo sobre seguridad ciudadana y convivencia: revisión de indicadores. Tomado de: <http://medellincomovamos.org/memoria-mesa-de-trabajo-sobre-seguridad-y-convivencia-revision-de-indicadores-noviembre-2012> consultado el 13 de marzo de 2013.
- Medellín Cómo Vamos, 2008-2011. Tomado de <http://medellincomovamos.org/informe-de-indicadores-objetivos-sobre-la-calidad-de-vida-de-medellin-2008-2011> consultado el 13 de marzo de 2013.
- Moreno Bedoya, R. A. (2003). Conflicto y violencia urbana en Medellín desde la década del 90: algunas valoraciones. En IPC, *VIOLENCIAS Y CONFLICTOS URBANOS: UN RETO PARA LAS POLÍTICAS PÚBLICAS* (págs. 191-232). Medellín.
- Morillas Bassedas, P. (s.f.). Génesis y evolución de la expresión de la Seguridad Humana un repaso histórico. *CIDOB D'AFERS INTERNACIONALS* , 47-58.
- Muñoz Conde, F. Las reformas de la parte especial del derecho penal español en el 2003: de la “tolerancia cero” al derecho penal del enemigo. *Revista Electrónica de Ciencias Jurídicas* (2).
- Palou, J. C. (2006). Las Fuerzas Armadas y la transición constitucional en Colombia. *FASOC* , VIII (4).
- Plan de Desarrollo Municipal (PDM) 2008 “Línea 2: desarrollo y bienestar para toda la población” en: [http://www.concejodemedellin.gov.co/webcon/concejo/index.php?sub\\_cat=1015](http://www.concejodemedellin.gov.co/webcon/concejo/index.php?sub_cat=1015) acceso 27 de marzo de 2013.
- Rivas Gamboa, Á. (2005). Una Década de políticas de seguridad ciudadana en Colombia. *Fundación Seguridad y Democracia* , 82-166.
- Ruiz Vázquez, J. C. (2004). La encrucijada de la seguridad ciudadana en América Latina: entre la tentación autoritaria y la participación comunitaria. En C. d. internacionales (Ed.), *Encrucijadas de la seguridad en Europa y las Américas* (págs. 123-146). Bogotá, Colombia: Centro Editorial Universidad del Rosario.
- Ruiz Vázquez, J. C. (2006). Mutatis mutandis: las reformas de la policía colombiana. En *La tenue línea de la tranquilidad estudio comparado sobre seguridad ciudadana y policía* (págs. 193-219). Bogotá: Universidad del Rosario.
- Soycomuna13, (2012, 21 de noviembre). 24 jóvenes de la 13 en riesgo inminente y excepcional. [Web log post]. Tomado de: <http://soycomuna13.blogspot.com/2012/11/24-jovenes-de-la-trece-en-riesgo.html> revisado el 16 de abril de 2013.
- Uprimny Yepes, R., & Sánchez Duque, L. M. (2010). Derecho penal y protesta social. En E. Bertoni, *¿Es legítima la criminalización de la protesta social? derecho penal y libertad de expresión en América Latina* (1ª ed., págs. 47-74). Buenos Aires, Argentina: Universidad de Palermo - UP.

Vargas Velásquez, A., & García Pinzón, V. (2008). Violencia urbana, seguridad ciudadana y políticas públicas: la reducción de la violencia en las ciudades de Bogotá y Medellín (Colombia) 1991-2007. *Pensamiento Iberoamericano* (2), 249-270.



Título: Contrastes

Técnica: Acrílico sobre papel

Dimensión: 24 x 34 cm

## ***POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA: AVATARES JURISPRUDENCIALES\****

- \* Es un artículo de reflexión que corresponde a uno de los productos de la Investigación “Estudio de caso sobre el proceso de recuperación del control territorial por parte del Estado bajo la Política de Seguridad Democrática en siete veredas del Nororiente del Departamento del Cauca”. El otro producto es un libro que recoge los resultados evaluativos de la investigación a partir de la aplicación de métodos cualitativos y cuantitativos. La investigación hace parte de la Línea Justicia y Sociedad del grupo de investigación Democracia, Estado e Integración Social DEIS) del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Facultad de Humanidades. Línea integrada por los investigadores Luis Johnny Jiménez y Néstor Raúl Arturo.

Fecha de recepción: agosto 29 de 2013

Fecha de aprobación: octubre 30 de 2013

## **POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA: AVATARES JURISPRUDENCIALES**

*Néstor Raúl Arturo Dorado\*\**

### **RESUMEN**

La Política de Seguridad Democrática se proponía como línea de acción, retomar el control definitivo por parte del Estado de aquellas zonas que se encontraban bajo la influencia de los grupos armados ilegales. La recuperación de la soberanía del Estado en cada uno de los municipios del país se haría a través, de una parte, de un plan de fortalecimiento de la fuerza pública y la administración de justicia y, de otra parte, con la participación de las comunidades en cumplimiento del deber de solidaridad y de legítima defensa. El proceso de recuperación de la soberanía nacional cubriría tres fases a saber: recuperación, mantenimiento y consolidación. La etapa de consolidación sería cubierta, también, por la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad, del Presidente Santos. La política de Seguridad Democrática se soportaba en respaldos constitucionales como la obligación del Presidente de conservar y recuperar el orden público y el deber de los ciudadanos de colaboración con las autoridades en cuanto a la denuncia de actos criminales. La política de Seguridad Democrática contaba con apoyos jurisprudenciales de la Corte Constitucional como la Sentencia de C- 572/97. Pero también generaba tensiones frente a los requerimientos constitucionales propios de un Estado social de Derecho y el respeto al Derecho Internacional Humanitario.

**Palabras clave:** Seguridad Democrática, Estado social de Derecho, solidaridad social, control territorial.

### **THE DEMOCRATIC SECURITY POLICY: JURISPRUDENTIAL AVATAR**

#### **ABSTRACT**

The Democratic Security Policy was proposed as a line of action with the purpose of regaining control once and for all, on the part of the State, of those areas which were under the control of illegal armed groups. The recovery of national sovereignty in each of the municipalities in the country will be carried out by means of a plan to strengthen the armed forces, the application of justice, and with the cooperation of the community in compliance with the duty of solidarity and self-defense. The process of the recovery of national sovereignty will consist of three phases, namely: recovery, maintenance and consolidation. The consolidation stage will also be covered by the Integral Security Policy and Defense for Prosperity, of President Santos. The Democratic Security Policy rests on constitutional support such as the obligation on the part of the President of the Republic to conserve and recover public order, and the duty of citizens to collaborate with the authorities by reporting criminal acts. The Democratic Security Policy relies, on the other hand, on case-law support from the Constitutional Court, such as sentence C-572/97. However, this also generates tension with the constitutional requirements peculiar to a Social State of Law and with respect to International Humanitarian Law.

**Key words:** democratic security, Social State of Law, social solidarity, territorial control.

---

\*\* Profesor adscrito al Departamento de Ciencia Jurídica y Política de la Pontificia Universidad Javeriana de Cali. Magister en Estudios Políticos y Filosofía del Derecho Contemporáneo.

# POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA: AVATARES JURISPRUDENCIALES

## INTRODUCCIÓN

El presente artículo corresponde a un estudio descriptivo de la Seguridad Democrática a partir de sus documentos oficiales y a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia que, o bien, entró a resolver la constitucionalidad del desarrollo legal de la misma, o bien, se ocupó con anterioridad a dicha política de la constitucionalidad de normativas referidas a la obligatoriedad del Derecho Internacional Humanitario (DIH), al derecho de los colombianos a la paz y al deber del ejecutivo, en cabeza del Presidente, a la conservación del orden público en todo el territorio y a su restablecimiento en donde fuere turbado. En consecuencia, se trata, de una parte, de reseñar los documentos oficiales que definieron y desarrollaron la Seguridad Democrática y, de otra parte, de identificar, tanto, los soportes constitucionales que por vía jurisprudencial respaldaron la Política de Seguridad Democrática, como los fallos de inconstitucionalidad de las iniciativas legislativas del ejecutivo en materia de paz y de restablecimiento del orden público. Este es el propósito del artículo.

Los documentos objeto de estudio hacen referencia tanto a los dos planes de desarrollo de los respectivos gobiernos del presidente Uribe Vélez (2003, 2006), como a la Política de Defensa y Seguridad Democrática (Presidencia de la República - Ministerio de Defensa Nacional, 2003). De igual manera, se someten a estudio el Plan Nacional de Desarrollo Prosperidad para Todos (DNP, 2011) y la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad del gobierno del Presidente Santos (Ministerio de Defensa Nacional, 2011). La razón por la cual se introducen estos dos documentos al análisis de la Política de Seguridad Democrática, es el nexo de continuidad entre la política de seguridad del presidente Uribe dirigida a la recuperación, mantenimiento y consolidación territorial y la política de seguridad del presidente Santos, diseñada a partir de la etapa de consolidación institucional hacia la prosperidad. En relación con las políticas de Seguridad Democrática y de Consolidación de la Seguridad Democrática<sup>1</sup>, el Ministro de Defensa del Gobierno Santos, Rodrigo Rivera, en la

---

1 “El paso de Uribe a Santos se configuró desde la misma posesión de este último, cuando al reconocer que la guerrilla no estaba a puertas del “fin del fin”, comprometía su fidelidad a la Seguridad Democrática”. (García Duarte, 2012, pág. 7).

presentación de la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad, describía la misma como una “combinación adecuada de continuidad y cambio”<sup>2</sup>.

Las sentencias que se toman como base para el análisis jurisprudencial de la Política de Seguridad Democrática son, en primer lugar, aquellas que resolvieron la constitucionalidad del desarrollo legal de la Política de Seguridad Democrática: Sentencia C-876/02, Sentencia C-940/02, Sentencia C-1024/02, Sentencia C-122/03, Sentencia C-816/04 y Sentencia C-818/04. En segundo lugar, las decisiones del Alto Tribunal Constitucional que se ocuparon de la constitucionalidad de normativas referidas al Derecho Internacional Humanitario, al derecho a la paz y a la obligación constitucional de la conservación y restablecimiento del orden público: Sentencia C-225/95, Sentencia C-283/95, Sentencia C-572/97 y Sentencia C-251/02.

## 1. ANTECEDENTES FÁCTICOS DE LA POLÍTICA DE SEGURIDAD DEMOCRÁTICA

Para una mejor comprensión de los propósitos y alcances del diseño de la Seguridad Democrática como de los propósitos y alcances de los fallos de la Corte Constitucional en su labor de salvaguarda del ordenamiento constitucional, de los derechos fundamentales y del DIH, es indispensable comenzar con la radiografía de la violencia y desinstitucionalización que se vivía en el país durante los últimos años previos al gobierno del presidente Uribe Vélez. Violencia y desinstitucionalización que desembocaran en el diseño y ejecución de una iniciativa de paz y de seguridad por parte de la nueva administración nacional centrada en el fortalecimiento del aparato militar, en una política de resultados de la fuerza Pública y en la presentación de iniciativas legislativas tendientes al recorte de libertades y garantías ciudadanas, especialmente en las zonas señaladas como críticas en cuanto a la falta de presencia efectiva del Estado<sup>3</sup>. El documento marco PDS (2003) y el PND (2003) recogieron, a manera de diagnóstico, las circunstancias del orden público de aquel periodo.

- 
- 2 El cambio de la administración Santos, en relación con la violencia, es el reconocimiento del conflicto armado interno. En cambio, los mandatos de Uribe Vélez se caracterizaron por el desconocimiento de dicho tipo de conflicto armado. En su lugar se recurrió a una política antiterrorista, criminalizante. En el Manifiesto Democrático: La Colombia que Quiero, el entonces candidato a la Presidencia, Uribe Vélez, señalaba en el punto 33 que “Necesitamos un estatuto antiterrorista que facilite la detención, la captura, el allanamiento... hoy violencia política y terrorismo son idénticos” (Uribe, 2002, pág. 13).
  - 3 “El gobierno de Uribe no incluyó en su programa de gobierno una política de paz, sino una política denominada de Seguridad Democrática, centrada en la imposición de la autoridad desde el Estado, en la imposición y hasta supresión de determinadas garantías constitucionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario”. (Villarraga Sarmiento, 2005, pág. 13).

De acuerdo con el documento marco PDSO (2003), en el año 2002, habían sido asesinadas por las organizaciones armadas ilegales, 144 personas de la vida pública entre dirigentes políticos y funcionarios públicos. Según la misma fuente, en los últimos años, la creciente actividad terrorista no solo expresaba su desconocimiento hacia la integridad de los individuos, sino, también, hacia la voluntad democrática de la población.

Por su parte, el PND (2003) señalaba que el país durante los últimos años asistía a una indiscutible degradación del conflicto armado, por cuanto las organizaciones al margen de la ley recurrían de manera sistemática al terrorismo, en su afán por consolidar y controlar territorios de gran valor estratégico, lo mismo que por la necesidad de acopiar recursos que el escalamiento de la confrontación exigía<sup>4</sup>. Según el documento, dicha degradación se evidenciaba en el aumento de las masacres.

El diagnóstico del conflicto armado en Colombia, desarrollado en el capítulo I, Brindar Seguridad Democrática, dentro del PND (DNP, 2003), llamaba la atención acerca del acceso al poder local por parte de los grupos armados ilegales. Acceso al poder local que iba desde la obtención de un cierto reconocimiento de influencia en la gestión local, hasta una relativa incidencia en el manejo de los presupuestos locales.

El secuestro y la extorsión, según el documento marco PDSO (2003), no solo ahuyentaba la inversión, sino que, también, generaba un grave impacto psicológico: los individuos, las familias y la sociedad en general, vivían con una percepción de permanente vulnerabilidad<sup>5</sup>. De ahí que como colofón, en el PND (2003), se señalara a la violencia como el principal desafío que afrontaba Colombia.

## **2. PAZ Y SEGURIDAD EN EL CONCEPTO DE BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD**

Este panorama de violencia y desinstitucionalización del país, reclamaba del nuevo gobierno, por mandato constitucional tanto una política de paz, como directrices

---

4 “Existe un consenso según el cual la confrontación armada en Colombia es, desde una perspectiva comparada, prolongada o, si se prefiere, un fenómeno de insurgencia crónica. Se trata de uno de los conflictos más antiguos del mundo... en una primera aproximación al tema podríamos afirmar que estamos frente a un conflicto armado interno, irregular, prolongado y con raíces históricas de índole ideológica.” (Pizarro Leongómez, 2004). Por otra parte, se mira el carácter del conflicto colombiano como “que es tanto de raigambre histórica como de acelerada degradación coyuntural” (Llano, 2009, pág. 22).

5 “El fracaso de las negociaciones de paz entre el gobierno Pastrana y las FARC (1998-2002) fue un factor decisivo para que amplios sectores de la población recibieran con entusiasmo una iniciativa de seguridad fundamentada en la militarización de la sociedad para enfrentar a lo que desde febrero de 2002 se caracterizó como amenaza terrorista” (Zuluaga Nieto, 2011, pág. 19).

para el restablecimiento del orden público<sup>6</sup>. Una política de paz diseñada no sobre ausencia de conflictos, sino como posibilidad de ser tramitados de forma pacífica. La política de Seguridad Democrática, entonces, debía proporcionar los cauces institucionales adecuados, no para su eliminación, sino para su regulación creativa, pacífica y democrática. Al respecto, la Sentencia C-225/95, establecía: “Por consiguiente, en relación con los conflictos armados, el primer deber del Estado es prevenir su advenimiento, para lo cual debe establecer mecanismos que permitan que los diversos conflictos sociales tengan espacios sociales e institucionales para su pacífica resolución” (pág. 53).

Según la misma sentencia, es responsabilidad del Gobierno respectivo, en cabeza del Presidente, la preservación del orden público. Con ello se mantiene el deber del Estado a través de la Fuerza Pública de garantizar la convivencia pacífica entre los ciudadanos y el aseguramiento de la paz. En tal sentido, el móvil último de la actividad militar de la Fuerza Pública, al mando del Presidente Uribe, era la de restablecer el orden público para asegurar la convivencia pacífica, uno de los fines del Estado, según mandato expreso de la Constitución. Pero, el restablecimiento del orden público no implicaba que se lograra a cualquier costo legal y militar. Las disposiciones contenidas en el documento marco PDS (Presidencia de la República - Ministerio de Defensa Nacional, 2003) como sus ulteriores desarrollos legales, debían acogerse a las alertas sobre posibles rupturas del orden constitucional que al respecto ya había realizado la Corte Constitucional en la Sentencia C-251/02, mediante la cual declarara inexecutable la Ley 684/01 que pretendía la definición y conformación de un Sistema de Seguridad y Defensa Nacional.

Era claro, entonces, que toda política de paz y de seguridad debía fundamentarse en los presupuestos de un Estado social de Derecho, que fundado en la dignidad humana, estuviera al servicio de la comunidad para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, en una perspectiva democrática, participativa y pluralista. En síntesis, como se indicaba ya en la Sentencia C-251/02, la Constitución *está* concebida de tal manera que la parte orgánica de la misma solo adquiere sentido y razón de ser como aplicación y puesta en obra de los principios y

---

6 En el Editorial de la Revista de las Fuerzas Armadas, la directora del Departamento de Planeación, sostenía: “En el año 2002, el Estado colombiano enfrentaba niveles preocupantes de amenaza a la institucionalidad democrática. En algunas regiones del país los Grupos Armados Ilegales, GAI, ejercían una presencia activa... El secuestro, la extorsión, el asesinato de civiles, los ataques a poblaciones, las masacres, el desplazamiento forzado por la violencia, y los embates a la infraestructura económica, constituían las manifestaciones más comunes de su accionar criminal. En respuesta a este panorama, el gobierno del presidente Álvaro Uribe Vélez se comprometió con el diseño e implementación de la Política de Seguridad Democrática, cuyos propósitos fundamentales fueron recuperar y asegurar la institucionalidad y el imperio de la ley”. (Rentería Rodríguez, 2008, pág. 7).

de los derechos inscritos en la parte dogmática de la misma. La Carta de Derechos, la nacionalidad, la participación ciudadana, la estructura del Estado, las funciones de los poderes, los mecanismos de control, las elecciones, la organización territorial y los mecanismos de reforma, se comprenden y justifican como transmisión instrumental de los principios y valores constitucionales. No es posible, entonces, interpretar una institución o un procedimiento previsto por la Constitución por fuera de los contenidos materiales plasmados en los principios y derechos fundamentales.

Bajo estas condiciones de constitucionalidad de las decisiones de todas las autoridades, prosigue la Corte, no es plausible la dialéctica amigo – enemigo, para la garantía de la convivencia ciudadana<sup>7</sup>. Un Estado democrático, participativo y pluralista niega que una política de seguridad se mueva en esta dinámica.

No es admisible la presunción legal o moral de “quien no comparta una determinada estrategia política, económica o de seguridad definida por los órganos políticos pueda ser calificado como un enemigo de la Nación que debe ser perseguido” (pág. 63). Todo esto muestra que la Constitución opta por un régimen jurídico que admite el disenso frente a las políticas estatales, pues la controversia y la deliberación son consustanciales con la democracia y con el pluralismo. Esta perspectiva liberal es válida, sobre todo en materia de orden público. Para la Corte, estos rasgos democráticos y pluralistas del Estado colombiano condicionan también la legitimidad constitucional de las políticas de seguridad y defensa. Implican que las mismas deben respetar el pluralismo y la participación democrática, así como la autonomía de la sociedad civil.

En la Sentencia C-283/95, la Corte remarcó lo anterior:

Una cosa es ejercer la tutela del orden público, conservarlo, prevenir los acontecimientos que impliquen su ruptura y restablecerlo cuando hubiere sido perturbado, lo cual compete exclusivamente al Presidente de la República, y otra muy distinta dictar normas generales aplicables a situaciones que afectan a la sociedad por causa de actividades como el narcotráfico, el terrorismo y la subversión (pág. 55).

La Corte Constitucional, al demarcar los límites de acción constitucional del ejecutivo nacional para el diseño de políticas de paz y de restablecimiento del orden público, recabó en el carácter imperativo del Derecho Internacional Humanitario

---

7 (Valencia, 2005) advierte como la principal equivocación de la política de Seguridad Democrática el tratamiento a la población civil. Anota que el presidente Uribe tiene una visión errada del conflicto, por cuanto piensa que entre el Estado y la guerrilla hay importantes “zonas grises” (pág. 7). A esa lógica “amigo – enemigo” hace referencia (Pécaut, 2003) al preguntarse acerca del significado de dicha dialéctica formulada por Carl Schmitt. Y explica que “la dialéctica “amigo – enemigo” significa enfrentamiento con un enemigo del cual nada se puede decir salvo que “él es el otro, el extranjero...” (pág. 41).

plasmado en los Convenios de Ginebra y en sus dos Protocolos, como catálogo ético mínimo aplicable a tal situación, los cuales se integran a la Constitución basados en el principio de bloque de constitucionalidad<sup>8</sup>. Como lo señalara la Corte Constitucional en la Sentencia C-225/95, mediante la cual se declaraba exequible el Protocolo II Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, “Todos los actores armados, estatales o no estatales, están entonces obligados a respetar estas normas que consagran aquellos principios mínimos de humanidad que no pueden ser derogados ni siquiera en las peores situaciones de conflicto armado” (pág. 45).

En estas circunstancias normativas de orden constitucional, el DIH, imponía al gobierno, en cabeza del presidente Uribe, un replanteamiento sobre la concepción de soberanía y, con ello, a las directrices políticas referidas al restablecimiento del orden público. En síntesis, la aplicación del DIH suponía un cambio de perspectiva de la relación entre el Estado y sus ciudadanos.

En este marco jurisprudencial de la Corte Constitucional, en primera ratio, se delinearón los presupuestos conceptuales y el lenguaje de la Política de Seguridad Democrática. Por ejemplo, para el PND (2006), la Seguridad Democrática se debía entender como un puente hacia la construcción definitiva de la seguridad y la reconciliación nacional, levantado a partir de la civilidad del debate: por medio de la defensa del pluralismo y el respeto a los procedimientos democráticos. La política de Seguridad Democrática, entonces, se constituía en un instrumento de recuperación de la seguridad con absoluto respeto a la democracia. De esta forma, según el mismo texto, la seguridad democrática se diferenciaba conceptualmente de las viejas doctrinas latinoamericanas de la seguridad nacional; pues estas suprimían las libertades, sustentaban dictaduras, eliminaban el disenso, descalificaban la oposición, perseguían a los disidentes y anulaban la democracia. Por el contrario, de acuerdo con dicho texto, para este plan de desarrollo, la Seguridad Democrática tenía como fundamento político la profundización del pluralismo y la protección por igual de todos los estamentos de la sociedad.

En el caso del PND (2003), se afirmaba que para avanzar hacia la construcción del Estado Comunitario<sup>9</sup>, uno de sus objetivos fundamentales era brindar seguridad

---

8 “...debería aceptarse como algo evidente e indiscutible que las autoridades legítimamente constituidas no pueden dejarse arrastrar por semejante dinámica, sustituyendo su poder político y coercitivo, legalmente reglamentado, por un poder militar arbitrario y desbocado que en su obsesión por derrotar el terrorismo incurre en sus mismos excesos y arrastra también con esos diques de contención de la barbarie, como son el respeto a los derechos humanos y al Derecho Internacional Humanitario” (LLano, 2006, pág. 118).

9 Para el (Colectivo de Abogados José Albear Restrepo, 2003) “El gobierno de Alvaro Uribe Vélez, a partir de las reformas constitucionales, efectuadas o previstas, se propone modificar la estructura misma del Estado,

democrática, en cuanto la recuperación de la seguridad en un contexto de respeto a los derechos humanos, de pluralismo político y de participación ciudadana. De esta manera, el Gobierno Nacional se comprometía con la implementación de un modelo integral de Seguridad Democrática en la búsqueda de la recuperación de la autoridad por parte del Estado con criterios de legitimidad y legalidad.

Por su parte el documento marco PDSO (2003) enfatizaba que su propósito principal era “la protección de todos y cada uno de los habitantes de Colombia, como dispone la Constitución Política” (pág. 13). En el mismo se sostenía que la Seguridad Democrática trascendía el concepto de seguridad nacional, ligado exclusivamente a la capacidad del Estado para penalizar y disuadir a quienes se contraponían a la normatividad vigente<sup>10</sup>.

No obstante la presentación de definiciones y de objetivos de la Seguridad Democrática en un contexto justificativo de respeto a la democracia, al pluralismo y a la participación ciudadana, como de los derechos humanos<sup>11</sup>, la misma evidenciaba dos omisiones en relación con los desarrollos jurisprudenciales arriba reseñados: el DIH y el Estado social de Derecho<sup>12</sup>.

En el caso del DIH, en ninguno de los documentos referidos a la Seguridad Democrática, aparecía referenciado. La razón de la omisión era el desconocimiento por parte de la administración Uribe de la existencia en el país de un conflicto armado interno<sup>13</sup>. La confrontación armada fue reconstituida en un enfrentamiento de la

---

incluida la administración de justicia, afectando los avances constitucionales de la Carta del 91, recortando elementos del Estado social de Derecho (pág.17).

- 10 Aquí se hace necesario diferenciar el restablecimiento del orden público y la búsqueda de la paz a partir de categorías como la seguridad ciudadana y la seguridad nacional. Al respecto, (González Pacheco, 2009), sostiene: “Entendiendo el orden público como el conjunto de condiciones de seguridad, tranquilidad y salubridad, que permiten la prosperidad general y el goce de los Derechos Humanos, resulta interesante observar que los criterios dados por nuestra jurisprudencia constitucional en relación con el orden público, están referidos en su inmensa mayoría, en armonía con el concepto de seguridad ciudadana más que con la visión de seguridad nacional (seguridad democrática en el entorno nacional).” (pág. 101).
- 11 Para el (Banco de Datos de DD. HH. y Violencia Política, Cinep. Observatorio de DD. HH. y Derecho Humanitario de la Cceeu, 2004), “El gobierno de Alvaro Uribe Vélez carece de una política de Derechos Humanos. Sin embargo, el Presidente ha sido enfático en afirmar que la “política de seguridad democrática es una política de derechos humanos”... (pág. 187).
- 12 “Los objetivos de esta política son los de “reforzar y garantizar el Estado de Derecho en todo el territorio mediante el fortalecimiento de la autoridad democrática: del libre ejercicio de la autoridad de las instituciones, del imperio de la ley y de la participación activa de los ciudadanos en los asuntos de interés común (...). En la práctica estos objetivos fueron subsumidos por el que fuera concebido como condicionante primero de su cumplimiento: el control del territorio por parte de las fuerzas militares y la policía” (Zuluaga Nieto, 2011, pág. 19).
- 13 “Según lo sustenta el mismo gobierno, la premisa de su política de paz es la negación del conflicto armado y del carácter político de los movimientos alzados en armas contra el Estado” (Villarraga Sarmiento, 2005, pág. 14).

sociedad y del Estado contra acciones terroristas financiadas por el narcotráfico<sup>14</sup>. Es decir, la Seguridad Democrática fue construida sobre la criminalización de la confrontación armada interna y sobre una respuesta centrada en el aparato represivo del Estado: fortalecimiento de las Fuerzas Armadas, de los servicios de inteligencia y del sistema judicial.

En la segunda línea de acción de la Seguridad Democrática, dirigida a la recuperación de la autoridad en todo el territorio nacional, era claro observar que dicha política se circunscribía a tres instituciones: Fuerzas Militares, Policía Nacional y Sistema Judicial. Así, para alcanzar la Seguridad Democrática, el Gobierno planteaba una estrategia comprensiva que incluía, por una parte, el fortalecimiento de la Fuerza Pública para la recuperación del control del territorio, la protección de la infraestructura nacional y la desarticulación de la producción y tráfico de drogas ilícitas. Por otra parte, el fortalecimiento de la justicia. En cuanto al sistema judicial, el documento marco PDS (2003), sobre el presupuesto de que Colombia necesitaba un ordenamiento jurídico moderno contra la violencia y la inseguridad, se comprometía, por parte del Gobierno Nacional, a la presentación de:

...un proyecto de ley al Congreso de la República para introducir legislación que permita afrontar con éxito el terrorismo, en concordancia con las obligaciones que se derivan de la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas. Si es necesario, se buscará la modificación de algunos artículos de la Constitución para este fin, sin afectar las libertades o las garantías ciudadanas (pág. 37).

Para dar cumplimiento a esta promesa programática el gobierno Uribe, presentó al Congreso de la República, una iniciativa de acto reformativo de la Constitución referido a derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal y familiar, libertad de locomoción y domicilio y libertad de movimiento; lo mismo que de reforma a la Fiscalía. Normas que según una de las demandas de inconstitucionalidad del Acto Legislativo No. 02 de 2003 por medio del cual se pretendían modificar los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política para enfrentar el terrorismo, pretendían la sustitución del sistema democrático protegido por la Constitución y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, por

---

14 Ya es tradicional que la visión oficial del conflicto armado interno no sea la de ser visto como tal; sino la de ser tenido como problema de orden público. La idea de que Colombia afronta una amenaza terrorista conspira de igual manera contra el reconocimiento de una realidad latente. La política de Seguridad Democrática sustentada en el financiamiento y modernización de las Fuerzas Militares, ha logrado quebrarle el espinazo al escalamiento del conflicto armado; pero la comprensión limitada que la política le atribuye a la naturaleza de la confrontación puede desencadenar en la insostenibilidad de los resultados buscados (Uribe López, 2005, pág. 15).

un sistema de organización política totalitaria. Según los demandantes, contra el respeto al derecho a la intimidad personal y familiar y al buen nombre de todas las personas, el Acto Legislativo 02 de 2003.

Estableció la intromisión del Estado en la correspondencia y demás formas de comunicación privada, sin previa orden judicial; eliminó la libertad de locomoción o circulación por el territorio nacional, al establecer la obligación de llevar un informe de residencia de los habitantes del territorio nacional, eliminó en su amplitud la libertad de las personas al señalar que sin previa orden judicial se pueden realizar detenciones, allanamientos y registros domiciliarios; y, eliminando el juez natural le otorgó atribuciones de policía judicial a los miembros de las fuerzas militares... (Sentencia C-818/04).

Si bien, esta reforma constitucional fue declarada inexecutable por vicios de forma<sup>15</sup>, lo que interesa para el presente estudio es, siguiendo la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el desconocimiento de los preceptos del DIH y del Estado social de Derecho (bloque de constitucionalidad), en el diseño y ejecución de la Seguridad Democrática. En el caso de la omisión del Estado colombiano como social de Derecho para hacer referencia al Estado colombiano como de Derecho, está el intento de reforma constitucional promovido por el gobierno de Uribe con el fin de recurrir a los presupuestos del imperio de la ley, fundados en la supremacía del legislativo en la definición de las políticas públicas, en particular, las relativas al orden público. Dispositivos Legislativo, desde luego, inspirados en el Ejecutivo. Con esta omisión se soslayaba el hecho de que las leyes, el orden legal, debían reconocer la Constitución no solo en términos jerárquicos; sino ya como catálogo de principios y valores dirigidos en general a las autoridades creadoras del derecho. En otros términos, como instancia moral y política de legitimación de las decisiones de las autoridades públicas.

Retomando la nueva concepción de soberanía, entendida en la conjunción del DIH con los presupuestos filosóficos y políticos del Estado social de Derecho, como lo señalara la Corte Constitucional, la sombrilla del DIH, le imponía, también, al gobierno Uribe, la inclusión en la Política de Seguridad Democrática, de los principios de distinción y de protección. En tal sentido, las políticas de paz y de restablecimiento del orden público, debían partir de la diferenciación entre combatientes y no combatientes, puesto que estos últimos no pueden ser nunca un objetivo

---

15 La Sentencia C-816/04 declaró inexecutable el Acto Legislativo 02 de 18 de diciembre de 2003, “por medio del cual se modifican los artículos 15, 24, 28 y 250 de la Constitución Política de Colombia para enfrentar el terrorismo”, por el vicio de procedimiento ocurrido en el sexto debate de la segunda vuelta.

de la acción bélica. Según la Corte Constitucional, la distinción entre población combatiente y no combatiente tiene consecuencias fundamentales:

Esta protección general de la población civil contra los peligros de la guerra implica también que no es conforme al derecho internacional humanitario que una de las partes involucre en el conflicto armado a esta población, puesto que de esa manera la convierte en actor del mismo, con lo cual la estaría exponiendo a los ataques militares por la otra parte (Sentencia C-225/95, pág. 58).

Dejemos que los textos constitutivos de la Seguridad Democrática, muestren la omisión acerca de la protección que el gobierno Uribe le debía a quienes no hacían parte del colectivo de actores armados. Según el documento marco PDS (2003), la estrategia de coordinación de la Seguridad Democrática, recaía en las autoridades a través de los consejos de seguridad, apoyados, a su vez, por un comité asesor compuesto por académicos, empresarios y miembros de la sociedad civil. En esta perspectiva de solidaridad, entendida como el apoyo de los ciudadanos a las labores de seguridad del Estado, según el mismo documento, dichos comités tenían el encargo de “estudiar políticas públicas de seguridad, aportar conocimientos e implementar soluciones” (pág. 34).

### 3. CONTROL TERRITORIAL Y SOBERANÍA NACIONAL

A partir del diagnóstico de violencia y de desinstitucionalización que vivía el país durante los últimos años previos al gobierno del Presidente Uribe Vélez, la Seguridad Democrática se proponía como línea de acción, retomar el control definitivo por parte del Estado en aquellas zonas con influencia de los grupos armados ilegales para lograr su accionar legítimo en todo el territorio nacional<sup>16</sup>. Se trataba de un esfuerzo integral, conjunto y coordinado de recuperación, presencia y consolidación interinstitucional. Este modelo perseguía, mediante la acción de las Fuerzas Militares, una recuperación gradual de las zonas afectadas por la violencia y la presencia efectiva de la Policía Nacional en los municipios donde no existía para alcanzar, en últimas, la consolidación de estas áreas mediante la acción de las demás entidades del Estado en un esfuerzo interinstitucional coordinado<sup>17</sup>.

---

16 “La guerra y la violencia son mucho más complejas que los aparatos armados que compiten entre sí y ejercen violencia. Esta realidad no es reconocida por la PSD, que, por el contrario, se construye sobre la idea de que la seguridad es un problema de carencia de Estado, la cual genera un vacío, que a la vez, facilita el crimen organizado y dificulta la protección efectiva a los derechos de propiedad” (Granada, 2009, pág. 102).

17 “Existen dos modalidades generales de incidencia en la gestión, denominadas externa e interna. La primera alude al conjunto de comportamientos que desarrollan los actores armados “desde fuera” del aparato municipal,

Dicho propósito reclamaba como condición necesaria, el fortalecimiento de la autoridad democrática o, en otros términos, la plena soberanía democrática y la capacidad del Estado de hacer prevalecer el orden jurídico en todo el territorio. Así, la seguridad no era, antes que nada, la seguridad del Estado; sino la “Protección del ciudadano y de la democracia por parte del Estado, con la cooperación solidaria y el compromiso de toda la sociedad” (PDS, 2003, 13).

A su vez, para el logro del fortalecimiento de la autoridad democrática, en cabeza del Estado de Derecho, el documento fijaba como primera condición la consolidación gradual del control estatal sobre todo el territorio. Así, precisaba que “La Fuerza Pública iniciará el proceso de consolidación del control estatal sobre el territorio, asegurando su presencia permanente y definitiva en todas las cabeceras municipales, con el apoyo de brigadas móviles y demás unidades de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional” (pág. 16). Unidades que, a su vez, estarían integradas por soldados regulares, soldados campesinos y carabineros de la Policía Nacional<sup>18</sup>.

La Política de Defensa y Seguridad Democrática (2003) para dar cumplimiento al objetivo general del fortalecimiento del Estado de Derecho en todo el territorio, establecía cinco objetivos estratégicos. Entre ellos, de una parte, el referido a la consolidación del control estatal del territorio, mediante la recuperación gradual de la presencia de la Fuerza Pública en todos los municipios del país, el incremento de la judicialización de delitos de alto impacto social, la extensión y el fortalecimiento de las instituciones del Estado en las zonas donde se encuentra fortalecido el control estatal y la disminución de las denuncias por violación de los Derechos Humanos. De otra parte, el relacionado con la protección de la población, a través de la desarticulación de las organizaciones terroristas con la consecuente reducción del secuestro y la extorsión, la prevención del desplazamiento forzoso, la ejecución de políticas de estímulo para el retorno de la población desplazada a sus lugares de origen y la reincorporación a la vida civil, tanto de organizaciones como de individuos que desistieran de la violencia.

---

sin involucrarse de manera directa en la gestión. Dichos comportamientos tienen efectos evidentes sobre la conducta de las autoridades locales (alcaldes y concejales)... Las formas internas, por el contrario, implican un involucramiento de los actores ilegales en las decisiones y en las acciones municipales, actuando desde dentro del aparato municipal mediante el uso de instrumentos de diversa índole como la presión armada, la realización de pactos y alianzas, la intermediación a través de funcionarios, etc.” (Vásquez F., 2009, pág. 23).

- 18 (Valencia, 2005), afirma que el presidente Uribe ha cumplido con la promesa de lanzar una ofensiva contra la guerrilla con el fin de derrotarla. Para ello ha creado cuatro brigadas móviles, cuatro batallones de alta montaña, cerca de 600 pelotones de soldados campesinos y vinculado 15.000 carabineros. Un aumento total de fuerza de 80.000 efectivos. Con tal despliegue ha logrado llevar a la fuerza pública a más de 150 municipios que estaban abandonados. También, restablecer el tránsito normal por las carreteras, reducir los homicidios y secuestros. Pero, lo más importante: crear un ambiente de confianza y sensación de seguridad en la gente.

Para el logro de cada uno de los objetivos estratégicos, la Política de Defensa y Seguridad Democrática (2003), trazó, a su vez, seis líneas de acción, de las cuales aquí se destacan las tres primeras, por su relevancia con los objetivos del presente estudio: 1. La coordinación de las acciones militares del Estado. 2. El fortalecimiento de las instituciones del Estado. 3. La consolidación del control del territorio nacional.

Tal estrategia de coordinación de las acciones militares del Estado, conducía a la creación de una Junta de Inteligencia Conjunta. En esta línea, su responsabilidad era la producción de análisis consolidados de inteligencia estratégica para el Presidente y el Ministro de Defensa, para que tuvieran la información necesaria dirigida a la toma de decisiones en relación con las políticas de seguridad del Gobierno. Teniendo como mira la recuperación de la soberanía del Estado en cada uno de los municipios del país, el documento marco PDS (2003), bajo el mando de la Junta de Inteligencia Conjunta, integraba y reunía periódicamente juntas de inteligencia regionales. “Se trataba de estrechar a nivel regional la coordinación de la inteligencia, fomentando el intercambio horizontal y evitando los retrasos en la transmisión de la información que ocasiona una excesiva jerarquización en el manejo de la inteligencia” (pág. 35).

Respecto del fortalecimiento de las instituciones del Estado, la Seguridad Democrática se proponía, bajo el objetivo fundamental de fortalecer el Estado de Derecho, la concentración de sus esfuerzos en la defensa de la soberanía, la integridad del territorio y el orden constitucional. En consecuencia, sus acciones debían estar gobernadas por los principios de eficiencia, austeridad, transparencia y juridicidad. En particular, las Fuerzas Militares y de Policía debían continuar su proceso de profesionalización. La modernización del equipo estratégico necesario para garantizar la soberanía nacional y la integridad del territorio, se constituía en prioridad de la política de Seguridad Democrática para la transformación cualitativa de las fuerzas armadas, encaminadas a garantizar su capacidad disuasiva.

La consolidación del control del territorio nacional, de acuerdo con el documento que recogía la PDS (2003), se constituía en la base sobre la cual se estructuraba el fortalecimiento de la autoridad democrática en cabeza del Estado de Derecho. Ahora, el proceso de recuperación de la soberanía del Estado en todo el territorio implicaba tres ciclos: el de recuperación, el de mantenimiento y el de consolidación. El propósito de los mismos, señalaba el documento, era la creación de un círculo virtuoso de recuperación y consolidación de larga duración, para el restablecimiento paulatino de un clima de seguridad en todo el territorio.

El documento marco PDS (2003) definía cada uno de los ciclos del control estatal del territorio de la manera siguiente: 1. recuperación. 2. mantenimiento. 3. consolidación.

En cuanto a la recuperación del control estatal del territorio, el Gobierno Nacional se proponía la recuperación gradual de la presencia estatal y de la autoridad de las instituciones, comenzando esta labor en las zonas consideradas estratégicas. El ciclo de recuperación del control del territorio se iniciaría con las operaciones adelantadas por las unidades de la Fuerza Pública, previa identificación y localización de amenazas por parte de los organismos de inteligencia del Estado. Así, mientras que en el 2002 la Policía Nacional hacía presencia en 940 municipios, a partir del 2004, según el documento, la institución policial debería tener un cubrimiento total de los 1.098 municipios del territorio nacional.

El PND (2006), destacaba de igual manera, la estrategia adelantada por el Estado en su conjunto, con el objeto de avanzar en el control del territorio y la defensa de la soberanía nacional. Para la ejecución de dicha estrategia, puntualizaba sobre el desarrollo de programas tendientes al fortalecimiento de la Fuerza Pública y de la inteligencia estatal, la promoción de la cooperación ciudadana, la protección a la infraestructura económica y los avances en el tema de seguridad urbana y rural. Ello conllevaría, apuntaba, hacia la neutralización de los GAML a través de un modelo de intervención integral que organizaba y coordinaba el esfuerzo interinstitucional de las agencias estatales en una sucesión de tres etapas: recuperación, consolidación y mantenimiento de la presencia.

En el periodo 2002-2006, señalaba el mismo documento, el Gobierno Nacional enfocaba sus esfuerzos en lograr el restablecimiento de las condiciones de seguridad de la población civil. Así, la Política de Defensa y Seguridad Democrática (2003) se convertía en una herramienta del Estado para consolidar la presencia institucional a lo largo y ancho del territorio, viabilizando al mismo tiempo, las condiciones para la recuperación económica y el mejoramiento del bienestar de la sociedad en general.

El documento base de la Política de Seguridad Democrática, determinaba que una vez restablecido el control de la Fuerza Pública sobre el territorio, unidades compuestas por soldados regulares, soldados campesinos y carabineros de la Policía Nacional se encargarían del mantenimiento de las condiciones de seguridad y de protección de la población civil.

Una vez garantizadas las condiciones básicas de seguridad, decía el referido texto, el Estado ejecutaría una política integral de consolidación territorial, encaminada a restablecer el “funcionamiento normal de la administración de justicia, fortaleciendo la democracia local, atendiendo las necesidades más urgentes de la población, extendiendo los servicios del Estado e iniciando proyectos productivos sostenibles de mediano y largo plazo” (pág.43). Con ello se garantizaría la intervención de los ministerios y demás entidades participantes en los proyectos de atención integral, coordinados por el Consejo de Seguridad y Defensa Nacional. En respuesta a esta

situación, el Gobierno Nacional se proponía adelantar una estrategia de intervención integral en torno a la generación de alternativas económica y ambientalmente sostenibles, para el desarrollo en zonas de conflicto. Estrategia denominada desarrollo regional permanente, consistente en la participación activa de la comunidad para el fortalecimiento de la capacidad y efectividad de las acciones del Estado en las regiones que fueron epicentro del conflicto armado. Esta iniciativa tenía como característica la generación en la comunidad, según el documento, de un ambiente competitivo para el aseguramiento de la sostenibilidad de las intervenciones y superar el enfoque asistencial y de emergencia.

En el ámbito institucional, la Seguridad Democrática, señalaba como objetivo la revitalización de las comunidades e instituciones locales mediante la promoción y fortalecimiento de las organizaciones comunitarias de base. El desarrollo de dicho objetivo debía basarse en intervenciones diferenciadas y flexibles para adaptarlas a las condiciones específicas del conflicto en las regiones.

Dadas las circunstancias propias de zonas de haber vivido en conflicto, los proyectos se ejecutarían por medio de alianzas con organizaciones de la sociedad civil o a través de esquemas innovadores que permitieran devolverle la legitimidad a la presencia del Estado. De acuerdo con los anteriores lineamientos, la estrategia de fortalecimiento institucional y desarrollo en zonas de conflicto, adelantaría regionalmente proyectos y programas en tres componentes integrados y complementarios entre sí: “a) Proyectos productivos y generación de ingresos; b) Fortalecimiento institucional y comunitario; y c) Construcción y mejoramiento de infraestructura física y social” (pág. 70). Todo lo anterior, de la mano con el desarrollo de programas de fortalecimiento institucional y comunitario, componente que tenía como pretensión la promoción de la democracia local y la vinculación de la sociedad civil a la gestión pública mediante el diseño de mecanismos de participación comunitaria en el marco de la profundización de los procesos de descentralización. Se trataba de la recuperación de la confianza de la comunidad en las instituciones públicas, así como incentivar su participación en los procesos de toma de decisiones en los niveles regional y local.

En el interés del gobierno en las zonas de consolidación de la Seguridad Democrática por recuperar las condiciones de gobernabilidad y democracia, y promover la equidad social en las zonas deprimidas, una de las acciones a desplegar era la promoción y el apoyo a los programas regionales de desarrollo y paz y a los laboratorios de paz. Iniciativas que contemplaban escenarios de concertación regional con amplia participación social, y en los que se promovería la resolución pacífica de conflictos, la protección de los derechos ciudadanos y el desarrollo económico y social. Con el apoyo de la comunidad, se buscaría la formulación de actividades

económicamente rentables y ambientalmente sostenibles desarrolladas a través de esquemas asociativos y de economía solidaria generadoras de oportunidades productivas en la región con miras a la reducción de la pobreza.

El ciclo de consolidación territorial diseñado en el documento marco PDS (2003) se extendió en una línea de continuidad con la Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad (2011), en cuanto a que ambas políticas resaltan como propósito principal la recuperación y fortalecimiento de la legitimidad de las instituciones democráticas para la garantía de la seguridad y de libertades de los ciudadanos. Como también, en el diseño de sus tareas urgentes: consolidación de la seguridad, derrota de los grupos armados ilegales, lucha contra el narcotráfico y el crimen organizado, por medio de un componente fundamental como lo es la modernización logística y operacional del sector defensa y seguridad. En esta línea, en ambas políticas, es definitivo el fortalecimiento del comando y control operacional de la Fuerza Pública, y el salto cuantitativo y cualitativo del sistema de inteligencia. Sistema al cual se suma, tanto en la política de Seguridad Democrática como Política de Seguridad para la Prosperidad, la que en los mismos documentos se denomina cooperación ciudadana.

La política de Seguridad para la Prosperidad también sigue la huella de la política de Seguridad Democrática en su componente local. Ambas afirman la pretensión de recuperación de la soberanía interna del Estado a partir de la propia recuperación de los territorios copados por fuerzas ilegales. En el lenguaje de la Seguridad Democrática, se trataba del establecimiento de Zonas de Rehabilitación y Consolidación; mientras que en el lenguaje de la política de Seguridad para la Prosperidad, se trata de delimitar Zonas Rojas. Objetivo: recuperación militar de tales territorios.

#### 4. SEGURIDAD Y SOLIDARIDAD SOCIAL

El aval jurisprudencial a la Seguridad Democrática hunde sus raíces en la Sentencia C-572/97 de la Corte Constitucional, mediante la cual se declara la exequibilidad del Decreto 356 de 1994, que expidió el Estatuto de Vigilancia y Seguridad, conocido más comúnmente como las CONVIVIR. En ella se establecen dos presupuestos argumentativos: la legítima defensa y los deberes ciudadanos<sup>19</sup>.

---

19 “Lo que sí resulta novedoso es lo que subyace a esta estrategia de incorporar a los civiles en tareas militares de vigilancia y control, pues de alguna manera la imagen que se proyecta es la de una sociedad movilizadora para la guerra, organizada en torno a un centro desde el cual emanan los mandatos y las prohibiciones, identificadas en el propósito común de derrotar a la guerrilla; una sociedad disciplinada, orgánica, unida y obediente de las órdenes superiores. Esta imagen de sociedad vigilada y vigilante que parecería organizada a

En cuanto a la legítima defensa, la Sentencia dedica la consideración séptima a lo que titula “La legítima defensa colectiva, organizada y permanente”. Su punto de partida es el “empleo generalizado de la violencia contra el derecho” (pág. 25) por parte de las organizaciones delictivas de todo orden, configurando inseguridad social. Frente a esa situación fáctica, prosigue la Corte, la sociedad se encuentra “ante una agresión, actual o potencial, que reúne estas características: es colectiva, es organizada y es permanente” (pág. 25). Colectiva, en cuanto es obra de un gran número de personas. Organizada, al ser ejecutada por organizaciones delictivas que supone una estructura criminal. Y permanente, al ser ejercida por personas dedicadas de forma habitual al delito. Pues bien, deduce la Corte, que para hacer frente a esa agresión colectiva, organizada y permanente, la comunidad debe ejercer su derecho a la legítima defensa también en las mismas condiciones. Colectiva, porque, al tener como presupuesto la solidaridad social, es ejercida por todos los miembros de la comunidad atacada o amenazada. Organizada, en cuanto supone acuerdos entre los miembros de la comunidad con el fin de cumplir coordinadamente los deberes que impone la solidaridad para la prevención y la represión de los delitos. Y permanente, porque solamente así se hace eficaz la respuesta a una agresión de las mismas características. En consecuencia, se pregunta el Alto Tribunal:

¿Por qué tienen derecho los miembros de la comunidad a actuar colectiva, organizada y permanentemente en la lucha contra el delito? Sencillamente, porque cuando así actúan no solo ejercen su derecho, sino que cumplen un deber que también les impone el artículo 95 citado: “Participar en la vida política, cívica y comunitaria del país” (pág. 25).

Según lo expuesto, es claro que para la Corte la legítima defensa de la comunidad va ligada a la contribución cívica y comunitaria de los particulares con las autoridades<sup>20</sup>. Apoyo consistente en el suministro de información dirigida a prevenir y a evitar, el delito, así como contribuir con la misma a la aprehensión y juzgamiento de sus autores. Esto es para el Alto Tribunal, una obligación propia de la solidaridad social, consagrada en normas constitucionales y legales. Así, en relación con la ratio decidendi de la sentencia, estableció:

---

la manera de un ejército y constituida por ciudadanos-soldados, se aleja considerablemente de las sociedades civiles fuertes, pluralistas, deliberantes, participativas, con capacidad de movilización política y de incidir y transformar, por medios pacíficos, las decisiones de los gobiernos, tal como se diseñó en la Constitución Política de 1991” (Uribe de Hincapié, 2004, pág. 19).

- 20 “Tenemos hoy Soldados de mi Pueblo en 598 municipios del país y aspiramos a terminar este año con 754 municipios con soldados de mi Pueblo, a pesar de las dificultades que tuvimos, por ejemplo, en Iscuandé. Esa acción ha dado gran resultado porque compromete mucho al joven para brindarle seguridad a su comunidad y compromete mucho a la comunidad con sus soldados... Eso ha forzado esa integración entre ciudadanía y Fuerza Pública” (Uribe, 2005, pág. 18).

Todas las empresas de vigilancia y seguridad privada, sin excepción, como todas las personas, están obligadas a suministrar a las autoridades legítimas las informaciones que tengan, encaminadas a evitar el delito o a aprehender y juzgar a sus autores. Y pueden recibir, por medios legítimos, informaciones cuya finalidad exclusiva sea la defensa de la comunidad o de las personas que la componen y de sus derechos y bienes. Toda labor de seguridad y vigilancia implica conocer todos los hechos y circunstancias que sirvan a los propósitos de protección. Sin tales informaciones sería prácticamente imposible la labor de vigilancia y protección. Todo esto es válido, como se ha dicho, para las empresas de vigilancia y seguridad privada, en general; pero cobra mayor fuerza si se trata de los Servicios Comunitarios de Vigilancia y Seguridad Privada (pág. 26).

En cuanto a los deberes ciudadanos, para la Corte, el ordinal 2º del artículo 95 de la Constitución que consagra el deber del ciudadano a obrar conforme al principio de solidaridad social, respondiendo con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, debe interpretarse en un sentido extensivo. De una parte, continua la Corte, porque la vida se pone en peligro cuando se atenta directamente contra ella y cuando se priva a las personas de aquello que está ligado al discurrir de su existencia, como la libertad y los bienes que aseguran la subsistencia. Por lo que delitos como el secuestro atacan contra la vida y la salud de sus víctimas y de la comunidad toda. Así, para el Alto Tribunal, los actos terroristas dirigidos contra la población o contra bienes y servicio que son necesarios para su ordenado discurrir, también originan las situaciones previstas en la norma. De otra parte, especifica la sentencia, que cuando la norma se refiere a “las personas”, se debe entender no solo la comunidad, sino todas y cada una de las personas que la conforman. Con ello, el principio de solidaridad social implica que cuando se le causa daño a uno de los seres humanos que forman una comunidad determinada, ese daño también se le está causando a toda la comunidad.

Respecto del ordinal 3º del artículo 95 de la Constitución, puntualizó la Corte, que el deber de apoyo a las autoridades democráticas se manifiesta en lo que tiene que ver con la prevención y la represión de los delitos: denunciar los delitos que estén en camino de ejecutarse como los ya cometidos. Agrega que así se cumple con otro de los mandatos del mismo artículo 95, el que hace referencia a la colaboración ciudadana para el buen funcionamiento de la administración de justicia. Sobre estos presupuestos hermenéuticos, precisa:

La comunidad, la sociedad civil, no es ajena a la lucha entre las autoridades del Estado y los delincuentes. Por mandato de las normas constitucionales y legales que se han examinado, y en virtud de los deberes que trae consigo la solidaridad social, la comunidad (como todos y cada uno de sus miembros), está en la obligación de colaborar con las autoridades. En este campo de la

seguridad, solo una activa colaboración de los particulares puede hacer más eficaz la tarea de las autoridades legítimas (pág. 24).

En relación con los tratados internacionales suscritos por Colombia, Sentencia C-572/97, sostiene de manera categórica, que no es cierto que los mismos prohíban a la población el derecho a organizarse con el fin de protegerse de los delincuentes. Con lo cual, sin perjuicio de la obligación de los ciudadanos de apoyar a las autoridades legítimas, es una decisión autónoma y libre de los particulares el hacer parte de organizaciones de vigilancia y seguridad privada o la de contratar los servicios de la misma. En síntesis, dijo la Corte:

Los servicios de vigilancia y seguridad privada, en general, y, en particular, los Servicios Comunitarios de Vigilancia y Seguridad Privada, son verdaderos “organismos de protección civil”, expresamente previstos por las normas del Protocolo I... Los Servicios Comunitarios de Vigilancia y Seguridad Privada no son organizaciones al margen de la ley, de las que se conocen con los nombres de “paramilitares” y “autodefensas (pág. 34).

Pero como la decisión de la Corte Constitucional no fue respaldada por una amplia mayoría de sus integrantes, sino que, por el contrario, la decisión fue dividida y dada la trascendencia de la interpretación de la solidaridad social en situación de conflicto armado interno, se presenta su interpretación desde los salvamentos de voto. Sus contraargumentos centrales son como siguen. No se debe obligar a las personas a ejercer activamente la defensa del orden público. En el contexto de guerra que el país vive en ciertas zonas, confundir neutralidad con complicidad, es desconocer los más fundamentales principios de derecho internacional humanitario<sup>21</sup>. Pues es de suyo, la población civil tiene derecho a permanecer al margen de las hostilidades con el fin de salvaguardar la vida. Y resaltan: así lo ordena el más elemental sentido humanitario que, precisamente, parte de la hipótesis del derecho a la neutralidad, del cual surge la protección especial de que es objeto la población civil.

La posición minoritaria de la Corte en la misma sentencia sostuvo en relación con deberes ciudadanos de solidaridad social y colaboración con la Administración de Justicia referidos en el artículo 95: 3°-7° de la Carta, que no pueden confundirse estos deberes con las labores de inteligencia e investigación propios de los organismos investigativos del Estado.

---

21 “La legitimidad se obtuvo a través de la movilización de la población civil por medio de programas. El programa del impuesto de conmovión a las personas que tenían determinado capital, se llamó el plan de choque y para efectuarlo se acercó este sector hacia el gobierno. Igualmente está la red de cooperantes mencionada por el señor Presidente.” (Ospina, 2005, pág. 47).

Los deberes de solidaridad ciudadana frente a la Administración de justicia se circunscriben a la obligación de las personas de denunciar ante la autoridad competente la ocurrencia de hechos punibles, en los términos que lo dispone el artículo 25 del Código de Procedimiento Penal. No se puede, entonces, dicen, “invocarse el deber de solidaridad y colaboración con la Administración de justicia, para imponer a los particulares funciones que corresponde atender a las autoridades públicas” (pág. 81). Y agregan que la inteligencia e investigación son actividades que la Constitución y la ley han asignado de manera exclusiva a las instituciones del Estado como la fuerza pública y los organismos de seguridad de carácter oficial. Sobre este punto y en relación con las CONVIVIR, dejaron en claro el silencio de la Corte sobre su actuar real de cooperativas integradas por personas a sueldo, organizadas bajo un mando común y de manera permanente, con capacidad legal para prestar servicios de vigilancia fija, vigilancia móvil y escolta, como también para prestar servicios de “asesoría”, “consultoría” e “investigación” en seguridad o de prestar la misma a bienes o personas que desarrollen su actividad en “zonas de alto riesgo”.

Para la minoría de la Corte, solo es suficiente leer las normas del DIH, para entender que los llamados organismos de protección civil no tienen la facultad de adelantar ninguna de las tareas arriba reseñadas. Que los organismos de protección civil solo operan en circunstancias de urgencia para promover labores humanitarias que nada tienen que ver con funciones de vigilancia y de seguridad, como la prestación del servicio de escolta permanente o adelantar labores de asesoría, consultoría o investigación en seguridad. Y enfatizan: “La homologación que pretende la sentencia sería casi como intentar asimilar entidades como las denominadas “CONVIVIR”, con organismos de la naturaleza de la Cruz Roja Internacional” (pág. 84).

## 5. LA SEGURIDAD COMO SERVICIO PÚBLICO

Otro de los avales constitucionales proferidos en la Sentencia C-572/97 a lo que posteriormente constituyera la PDS (2003) fue el de la seguridad como servicio público prestado por el Estado y por los particulares autorizados por la ley. En efecto, dijo la Corte que la seguridad de la sociedad, como supuesto del orden, de la paz y del disfrute de los derechos, es inherente a la finalidad social del Estado, tal como lo expresa el art. 365 en relación con los servicios públicos. En consecuencia, la seguridad como servicio público está sometida a dicho régimen. Es decir, que puede prestarse por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas o por los particulares. Y añade que no existe una sola norma en la Constitución que prohíba a las comunidades organizadas y a los particulares prestar el servicio de seguridad.

Por el contrario, agrega la Corte, el inciso tercero del artículo 103 de la Constitución establece que Estado debe contribuir a la organización, promoción y capacitación de las asociaciones profesionales, cívicas y comunitarias, con el objeto de que constituyan mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan. En tal sentido, siendo la seguridad un servicio público, “es ostensible que esta norma prevé la participación de esas organizaciones comunitarias en su prestación” (pág. 21). El Alto Tribunal reafirma la calidad de la seguridad como servicio público con el artículo 32 de la Constitución, toda vez que el delincuente sorprendido en flagrancia podrá ser aprehendido y llevado ante las autoridades por cualquier persona. Dice la Corte:

Es verdad, se reconoce un derecho a todos los particulares: el de aprehender al delincuente sorprendido en flagrancia. Pero si se interpreta esta disposición en concordancia con los deberes que impone la solidaridad social, es evidente que también se les impone un deber: el de aprehender al delincuente en las circunstancias descritas (pág. 21).

Sobre este punto también es necesario hacer una labor de contrastación de la decisión de la Corte Constitucional con el correspondiente salvamento de voto. Para el sector minoritario de la Corte en la referida sentencia, la seguridad es un servicio público; pero un servicio público especial. Especial por cuanto se basa en el principio de exclusividad de la Fuerza Pública. En consecuencia, para la posición de salvamento de voto, es un servicio público que no puede ser privatizado. Y añade: este principio del monopolio de la coerción material en cabeza del Estado implica que un Estado de Derecho no puede tolerar la existencia de grupos o sectores armados por fuera de los ejércitos y demás instituciones regulares establecidas a su servicio. En ese sentido, agregan, la existencia de grupos paramilitares o de autodefensa, de “limpieza social”, de cuadrillas armadas, de bandas como los llamados “escuadrones de la muerte”, comprometen al Estado de Derecho y se constituyen en una grave amenaza contra la estabilidad institucional y contra la paz ciudadana. El salvamento de voto, destaca, también, en este punto el rasgo esencial del poder público en un Estado social de Derecho, como lo es el monopolio de la coerción material, de tal forma que solo el Estado puede disponer de una fuerza armada institucional permanente y que solo él puede administrar justicia. En síntesis, agrega que un Estado de Derecho a nadie le es permitido hacerse justicia por propia mano.

En el contexto de una guerra, afirma la parte disidente de la sentencia en estudio, en la que personas inermes suelen ser identificadas con el *enemigo* de turno, por el solo hecho de tener o haber tenido alguna amistad o parentesco con alguien fatalmente señalado, o por tener determinada ideología, o porque a raíz del miedo

no denunciaron un acto o sirvieron coyunturalmente de apoyo a uno de los grupos enfrentados, “es urgente rescatar el concepto de “neutralidad”, tal y como ha sido elaborado por el derecho internacional humanitario” (pág. 81). Y finalizan diciendo: en una confrontación armada interna como la nuestra, exigirles a los ciudadanos inermes el deber de colaboración activa en defensa individual y colectiva, significa negarles la posibilidad de que permanezcan al margen de la misma, por lo tanto, de que sean objeto de la protección que ofrece el derecho internacional humanitario.

## **6. ZONA DE RECUPERACIÓN, MANTENIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN**

Para el logro de los fines estratégicos de la Seguridad Democrática, la PDS (2003), como ya se anotó, establecía seis líneas de acción, siendo una de ellas la consolidación del control del territorio nacional. En este propósito, la administración Uribe, expidió dos decretos legislativos, con ocasión de la declaratoria previa del Estado de Conmoción Interior. El primero de ellos, el Decreto Legislativo 2002/2002, mediante el cual se adoptaban medidas para el control del orden público y se definían las zonas de rehabilitación y consolidación. El segundo, el Decreto 2929 de 2002, mediante el cual se delimitaban las zonas de rehabilitación y consolidación. Conforme a lo dispuesto en los artículos 241, numeral 7 y 214, numeral 6 de la Constitución, la Corte Constitucional entró a decidir sobre su constitucionalidad.

Decreto Legislativo 2002 del 2002. La Corte, en la Sentencia C-1024/02, antes de pasar al estudio del articulado de la norma, hizo dos precisiones sobre los requerimientos que debía guardar la declaratoria del Estado de Conmoción Interior. La primera hacía referencia a lo dispuesto por ella misma en la Sentencia C-802/02 sobre las facultades del Presidente en el estado de conmoción interior. Reiteró que este no le concede al Presidente atribuciones omnímodas e ilimitadas en su deber de restablecer el orden público. Por el contrario, la respuesta del Gobierno Uribe ante la grave perturbación del orden público debía hacerse desde una perspectiva jurídico-constitucional. La segunda hacía referencia a la sujeción de dicha declaratoria a la Constitución (arts. 213 y 214), a la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción y a los Tratados y Convenios Internacionales sobre Derechos Humanos a los cuales se encuentre vinculado el Estado colombiano de acuerdo con el artículo 93 de la Carta Fundamental, en armonía plena en este aspecto con el artículo 214 de la misma.

Con base en los presupuestos constitucionales señalados, la Corte entró al análisis del articulado. El artículo 1º que hacía referencia al funcionamiento coordinado de las autoridades públicas, establecía que La Fiscalía General de la Nación y la Procuraduría General de la Nación designarían en cada una de las unidades operativas

menores o sus equivalentes de las Fuerzas Militares, con dedicación exclusiva, por lo menos un fiscal y una unidad del Cuerpo Técnico de Investigación y un agente especial del Ministerio Público. Su misión: acompañar las operaciones de la Fuerza Pública, sin que esto se constituyera en requisito para adelantar dichas operaciones. Para la Corte, ni la Fiscalía ni la Procuraduría, son subalternos del Ejecutivo. Siendo así, estas entidades en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, no necesitaban del acompañamiento de servidores públicos de otras de las ramas del poder público u organismos autónomos del Estado; de la misma manera que estos, a su vez, no necesitaban para cumplir con las suyas del acompañamiento de fiscales y procuradores. De lo dicho, resolvió la Corte que el artículo 1 del Decreto Legislativo 2002/2002, resultaba contrario a la Constitución y, por ello, inexecutable.

La Corte, declaró inexecutable, también, los artículos 3 y 7 que disponían la captura y la inspección o registro domiciliario, respectivamente, sin autorización judicial. De igual forma lo hizo con el artículo 12 relativo a la delimitación de las Zonas de Rehabilitación y Consolidación por parte del Presidente de la República, en ejercicio de sus atribuciones para la conservación y restablecimiento del orden público en todo el territorio nacional.

En cuanto a los artículos 3 y 7, la Corte dictaminó que eran violatorios del artículo 28 de la Constitución que prohíbe la prisión y arresto, así como el registro domiciliario, sin previa orden judicial de autoridad competente. En ambas normas, agregó la Corte, no se determinaba de manera precisa la autoridad a quien se atribuía la competencia para hacer una excepción al derecho a la inviolabilidad del domicilio privado y permitirle su inspección o registro. Como tampoco, se determinaba la autoridad encargada de la calificación de “urgencia insuperable” o de la “necesidad de proteger un derecho fundamental en grave o inminente peligro”. Así, concluyó que el ciudadano quedaba sometido a lo que la autoridad que decidía la práctica de la inspección o registro calificara a su vez la urgencia insuperable.

Respecto del artículo 12, la Corte determinó, que de su lectura se infería la creación por orden del Presidente de la República de zonas de rehabilitación y consolidación, entendidas como áreas geográficas afectadas por acciones de grupos criminales, en las cuales sería necesaria la aplicación de medidas excepcionales en relación con el resto del territorio nacional. Zonas que conforme al artículo 13 del decreto, por disposición del Presidente, se le designaría un comandante militar ante quien todos los efectivos de la Fuerza Pública que se encontraran en el área respectiva quedarían bajo su control operacional. Así, se infería, continuó la Corte, que las limitaciones especiales a los derechos fundamentales para los habitantes de dichas zonas, comprendían el derecho a la libre circulación y residencia, bajo la amenaza de sanción consistente en retención transitoria si no se daba información con dos días

de antelación de todo desplazamiento fuera de la zona ante la primera autoridad del municipio o en su defecto al comandante de estación o subestación de policía. Del tenor de dichas limitaciones lo eran, desde luego, las contenidas en el decreto, así: artículo 14, reglamentación del derecho de circulación y residencia. Artículo 15, información sobre desplazamientos en la Zona. Artículo 16, desplazamientos no autorizados. Artículo 17, atribuciones en materia de información. Artículo 19, suspensión de salvoconductos. Artículo 21, revisión de carga.

Siguiendo con el artículo 12, es claro para la Corte que de conformidad con las atribuciones del artículo 189-3 de la Carta, al Presidente Uribe le correspondía, como Comandante Supremo de las Fuerzas Armadas, la dirección de la Fuerza Pública con facultad para disponer de ella en todo el territorio nacional para la conservación del orden público y su restablecimiento donde fuere turbado. Es decir, continúa, que bien podía disponer la concentración temporal de la Fuerza Pública en aquellas zonas del país donde se requería para el restablecimiento del orden público, tanto en situaciones de normalidad como durante el estado de conmoción interior. De otra parte, que el Presidente podía, también, tomar medidas sobre el ejercicio pleno de derechos fundamentales. Pero, precisó que el Presidente no podía suspender los derechos humanos ni las libertades fundamentales, por expresa prohibición del artículo 214-2 de la Constitución. Lo que sí podía en razón de la conmoción interior, era establecerle limitaciones.

Sobre las zonas de rehabilitación y consolidación definidas en el decreto en estudio, finalmente la Corte advirtió que el mismo guardó silencio en relación con cuáles eran esas zonas. Para la Corte era fundamental la delimitación precisa de los municipios que quedarían cobijados por dicha figura. Pues, de lo contrario, la limitación de los derechos fundamentales quedaría fuera del control constitucional con violación manifiesta de lo dispuesto en los artículos 213 y 214 de la Carta Política. Además, que se dificultaría el seguimiento que la comunidad internacional habría de realizar sobre las medidas excepcionales restrictivas de las libertades públicas, conforme a lo dispuesto por el artículo 27 de la Convención Americana de los Derechos Humanos y el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, según lo dispuesto por el artículo 16 de la Ley Estatutaria de los Estados de Excepción.

El Decreto Legislativo 2929/2002. Mediante este dispositivo legal de estado de excepción, el gobierno Uribe, entró a delimitar unas zonas del país definidas como zonas de rehabilitación y consolidación en el decreto legislativo 2002/2002. El decreto legislativo 2929/2002 fue declarado exequible por la Corte Constitucional con los argumentos y salvaguardas constitucionales establecidas en el Decreto 2002/2002.

## 7. FORTALECIMIENTO DE LAS FUERZAS MILITARES

Otra de las líneas de acción de la PDS (2003), consistía en el fortalecimiento de las instituciones del Estado. Entre ellas, de manera prioritaria, el fortalecimiento de las Fuerzas Militares. En este propósito el gobierno del Presidente Uribe expidió el Decreto Legislativo 1838 de 2002, por medio del cual se creaba un impuesto especial destinado a atención de los gastos del Presupuesto General de la Nación necesarios para preservar la Seguridad Democrática<sup>22</sup>. De conformidad con lo establecido en los artículos 214 numeral 6° y 241 numeral 7° de la Constitución, la Corte Constitucional entró a revisar la constitucionalidad de dicho decreto, en razón a que fuera expedido por el Presidente en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 213 de la Carta y en desarrollo del Decreto 1837 del 11 de agosto de 2002 que declaró el Estado de Comoción Interior en todo el territorio nacional. La declaratoria de exequibilidad de la Corte Constitucional tuvo como fundamentos la formula social de Derecho del Estado colombiano y el artículo 95 de la Carta en cuanto a los deberes correlativos de los ciudadanos frente a sus derechos reconocidos.

Dijo la Corte, mediante la Sentencia C-876/02, que es un lugar común que el Estado social de Derecho como forma de organización del Estado, conlleva el reconocimiento correlativo de derechos y de deberes de las personas, en estrecha relación de complementariedad con los valores superiores de la igualdad, la justicia y la solidaridad. Que en ese sentido, “la proclamación de derechos constitucionales va acompañada de la formulación de deberes que deben ser asumidos tanto por las personas, la sociedad y el Estado, y que se predicán de cada uno de esos sujetos constitucionales en sus relaciones con los otros” (pág. 58).

Dentro de este marco, consideró la Corte, que si bien la Constitución establece el deber a todos los nacionales de engrandecer y dignificar a la Nación y la obligación de cumplir la Constitución y las leyes; los deberes específicos, consagrados en el artículo 95 de la Carta, deben ordenarse y cumplirse conforme a las limitaciones que la propia Constitución establece. Así, el deber de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones del Estado, debe hacerse dentro de los valores de justicia y equidad. En armonía con lo anterior, prosigue la Corte, el Decreto objeto de

---

22 “En un contexto de conflicto agravado y frustración con los diálogos, era predecible que alguien que prometía el restablecimiento de la autoridad y un énfasis en la seguridad tendría el respaldo empresarial (...). Elegido con un amplio margen sobre su rival, Alvaro Uribe personificó la promesa de que una aproximación de mano dura al conflicto precipitaría resultados más tangibles que cuatro años de diálogos improductivos. Consecuentemente, Uribe consiguió el apoyo empresarial para una severa reforma tributaria, que exigió al sector privado asumir un costo considerable de la guerra contra las guerrillas.” (Rettberg, 2006, pág. 224).

revisión debía tener en cuenta que el impuesto establecido y su regulación, no solo cumpliera con los principios de equidad y justicia, sino que se orientara, también, hacia la obtención de la paz como imperativo social de ser preservado por las autoridades públicas en corresponsabilidad con la sociedad y la persona. A propósito, la Corte Constitucional retomó consideraciones jurisprudenciales establecidas en la Sentencia C-083/93:

Efectivamente, la sociedad colombiana se encuentra alterada en su orden público policivo como resultado de las acciones violentas de grupos alzados en armas y de narcotraficantes y de la delincuencia organizada, que disponen de medios de financiación poderosísimos, sin limitaciones financieras en sus acciones, a los cuales se ve obligado el Presidente de la República, en su condición de responsable del orden público (artículo 189-4 C.N.), a responder con el imperio de la ley, mediante las acciones superiores de policía que le autoriza la Constitución (art. 213), de manera proporcionada y suficiente, con medidas de seguridad que exigen recursos económicos muy superiores a los que destinan los delincuentes para sus actos de barbarie (pág. 49).

Hechas las anteriores precisiones, la Corte pasó a la revisión formal y material del Decreto objeto de control. Para ello procedió a un ejercicio de concordancia entre el Decreto Legislativo y las consideraciones que sirvieron de fundamento para la declaratoria del estado de conmoción interior mediante el Decreto 1837 de 2002.

Del Decreto Legislativo 1338/2002, la Corte, entre otros aspectos, destacó en la Sentencia: 1. La necesidad de proveer de recursos a las Fuerzas Militares, de Policía y a las demás entidades del Estado que deben intervenir para conjurar los actos perturbadores del orden público. 2. El deber de las personas naturales y jurídicas de contribuir al financiamiento de los gastos e inversiones que permitan preservar la seguridad democrática.

Del Decreto 1837 de 2002, la Corte destacó, igualmente, temas como: 1. La multiplicación exponencial de las actividades terroristas. 2. La debilidad del Estado para contrarrestar eficientemente dichas acciones terroristas, dada la precariedad de los recursos ordinarios para el fortalecimiento de la Fuerza Pública. 3. El deber de todas las personas de hacer un significativo esfuerzo tributario para poner al Estado en condiciones de garantizar la seguridad ciudadana en vastas zonas de su territorio, hoy desamparadas con pie de fuerza, equipos de comunicación, dotación y medios militares y de policía (pág.62).

La Corte dedujo que era claro que los recursos que se recaudarían con el impuesto creado tenían una destinación específica: asegurar el financiamiento de las acciones tendientes a conjurar los actos perturbadores del orden público e impedir que se extendieran sus efectos. En consecuencia, prosigue la Corte, de la concordancia

de las dos disposiciones se desprende que los recursos serían destinados: 1. A la inversión adicional que reclamaba el crecimiento de la Policía y de las Fuerzas Militares, los planes de expansión operativa y la modernización de su equipamiento para los años 2002 y 2003. 2. A la ampliación del pie de fuerza, el aumento y mejoramiento de la capacidad técnica y el equipamiento que requerían las Fuerzas Armadas y de Policía. 3. Al fortalecimiento de la dotación de los servicios de inteligencia, de la Fuerza Pública y de la Rama Judicial. 4. Al reforzamiento de los programas de lucha contra el secuestro y la extorsión, dotando a las autoridades de los recursos logísticos para la prevención del delito, la captura y sanción de los delincuentes. 5. A la restricción del acceso de las organizaciones delincuenciales a los activos y recursos financieros originados en cualquier actividad ilícita. Todo ello, dijo la Corte, para que las actividades de las distintas entidades encargadas de la seguridad de los colombianos, en resumen, fueran efectivas para la prevención y sanción de actos terroristas y criminales.

De otra parte, estableció la Corte para la declaratoria de exequibilidad del decreto legislativo en estudio, el carácter insuficiente de los medios económicos del Estado con destino a la inversión adicional que reclamaba el crecimiento de la Policía y de las Fuerzas Militares. Que en consecuencia, era necesario el esfuerzo tributario de los ciudadanos para poner al Estado en condiciones de garantizar la seguridad ciudadana en vastas zonas de su territorio, en ese entonces, desamparadas de pie de fuerza, equipos de comunicación, dotación y medios militares y de policía. Así la medida impositiva respondía de manera clara y específica a la necesidad de asegurar el financiamiento de la fuerza pública para el restablecimiento del orden público.

## 8. CONCLUSIONES

1. El diagnóstico de la Política de Seguridad Democrática, llamaba la atención acerca del acceso al poder local por parte de los GAI. Para enfrentar este fenómeno, el gobierno de Uribe Vélez se decidió, no por una política de paz, sino por una política denominada de Seguridad Democrática, centrada en la imposición de la autoridad desde el Estado y en la supresión de garantías constitucionales en materia de derechos humanos y derecho internacional humanitario.
2. La Seguridad Democrática tenía como fundamento de su política, dos presupuestos sustantivos: la participación ciudadana y el componente local. El primero, se proponía la participación y cooperación ciudadana con las autoridades mediante la conformación de redes de cooperación y un esquema de recompensas. El segundo, definía la Seguridad Democrática como una política integral de Estado,

en el sentido de que las respuestas del Estado se estructurarían alrededor de la problemática local.

3. Cualquier política de paz y de seguridad debía fundamentarse en los presupuestos de un Estado social de Derecho, que basado en la dignidad humana, estuviera al servicio de la comunidad para garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución, en una perspectiva democrática, participativa y pluralista. Las primeras normas de la Constitución contienen su filosofía política que irradia todo el ordenamiento constitucional y condicionan la acción de las autoridades. En particular del Presidente y de la Fuerza Pública, en el manejo del orden público.
4. No obstante, la presentación de definiciones y de objetivos de la Seguridad Democrática en un contexto justificativo de respeto a la democracia, al pluralismo y a la participación ciudadana, como de los derechos humanos, la misma evidenciaba dos omisiones: el DIH y el Estado social de Derecho.
5. La legítima defensa y los deberes ciudadanos se establecieron como soportes constitucionales de la Seguridad Democrática: respeto y apoyo de los ciudadanos a las autoridades para el mantenimiento de la independencia y la integridad nacional, apoyo para el logro y el mantenimiento de la paz, y colaboración ciudadana para el buen funcionamiento de la administración de justicia.
6. Las Decisiones de la Corte Constitucional sobre la Seguridad Democrática se desarrollaron en el plano de una hermenéutica ambigua: el aval constitucional a la Seguridad Democrática hunde sus raíces en la Sentencia C-572/97, mediante la cual se declara la axequibilidad del Decreto 356 de 1994, que expidió el Estatuto de Vigilancia y Seguridad; conocido más comúnmente como las CONVIVIR. De otra parte, en su tarea de salvaguarda de la Constitución del 91, de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, encendió las alarmas de inconstitucionalidad de normativas inspiradas en la PSD.

## BIBLIOGRAFÍA

- Banco de Datos de DD. HH. y Violencia Política, Cinep. Observatorio de DD. HH. y Derecho Humanitario de la Cceeu. (2004). El talante autoritario: derechos civiles y políticos y DIH. Reelección: El Embrujo Continúa, Plataforma colombiana de Derechos Humanos, democracia y Desarrollo. (págs. 187-198).
- Colectivo de Abogados José Alvear Restrepo. (2003). Hacia un Estado Autoritario. Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo (págs. 17-24).
- Constitución Política de Colombia. (1991).

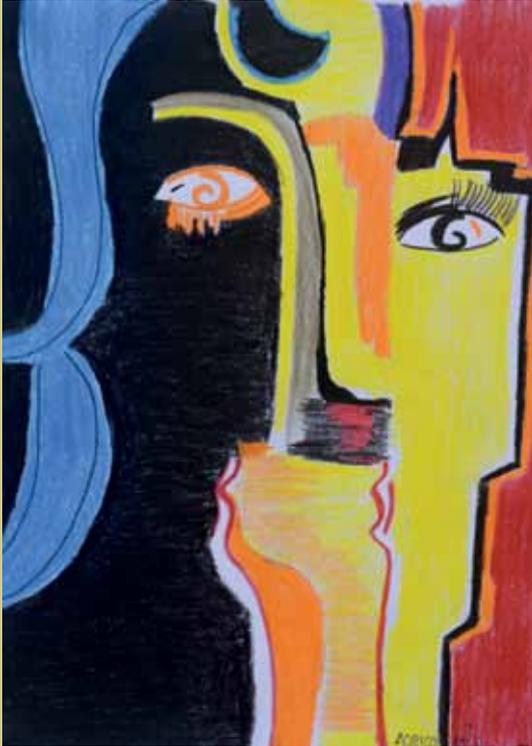
- DNP. (2003). Plan Nacional de Desarrollo 2002 - 2006, Hacia un Estado Comunitario. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- DNP. (2011). Plan Nacional de Desarrollo 2010 - 2014, Prosperidad para Todos. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- DNP. (2006). Plan Nacional de Desarrollo Estado Comunitario: Desarrollo para Todos, 2006 - 2010. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación.
- García Duarte, R. (2012). FARC - Gobierno. Dilemas y Posibilidades en La Habana. Bogotá: Foro No 78 (págs. 5 -14).
- González Pacheco, C. (2009). Seguridad Ciudadana: un Derecho Fundamental. Bogotá: Alcaldía de Bogotá.
- Granada, R. &. (2009). El Agotamiento de la Política de Seguridad: Evolución y Transformaciones Recientes en el Conflicto Armado Colombiano . En E. Restrepo & Aponte, Guerra y Violencia en Colombia (págs. 27 - 124). Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- LLano, H. (2006). Análisis Impertinentes. Cali: Sello Editorial Javeriano.
- LLano, H. (2009). Las Víctimas Invisible del Conflicto en Colombia. En Bondía & Muñoz, Víctimas Invisibles, Conflicto Armado y Resistencia Civil en Colombia (págs. 17-27). Barcelona: Huygens.
- Ministerio de Defensa Nacional. (2011). Política Integral de Seguridad y Defensa para la Prosperidad. Bogotá: Ministerio de Defensa Nacional.
- Ospina, C. (2005). El Plan Patriota como Estrategia Militar. En A. Rangel, Sostenibilidad de la Seguridad Democrática (págs. 41 - 49). Bogotá: Fundación Seguridad & EDemocracia.
- Pécaut, D. (2003). Violencia y Política en Colombia. Medellín: Hombre Nuevo - Universidad del Valle.
- Pizarro Leongómez, E. (2004). Una Democracia Asediada. Bogotá: Norma.
- Presidencia de la República - Ministerio de Defensa Nacional. (2003). Política de Defensa y Seguridad Democrática. Bogotá: Ministerio de Defensa.
- Rentería Rodríguez, C. (2008). Estado Comunitario: desarrollo para todos. Bogotá: Fuerzas Armadas No 205 (págs. 7 - 19).
- Rettberg, A. (2006). Tras la Tormenta Viene... Otra Tormenta: Empresarios, Reestructuración y Conflicto Armado en Colombia . En E. Leal, F, En la Encrucijada Colombia en el Siglo XXI (págs. 207 - 232). Bogotá: Norma.
- Uribe de Hincapié, M. (2004). El republicanismo patriótico. Reección: El Embrujado Continúa (págs. 13 - 21).
- Uribe López, M. (2005). Sangre, sudor y tiempo: la prolongación de la guerra en Colombia. Bogotá: Revista Foro No. 53 (págs 15 - 26).

- Uribe, A. (2005). La Seguridad Democrática es Sostenible. En A. Rangel, Sostenibilidad de la Seguridad Democrática (págs. 9 - 39). Bogotá: Fundación Seguridad & Democracia.
- Uribe, A. (2002). Manifiesto Democrático: La Colombia que quiero. Bogotá: Javeriana No 686 (págs. 11 - 17).
- Valencia, L. (2005). Pacificación en el Norte y Guerra en el Sur. Bogotá: Foro No 52 (págs. 3-8).
- Valencia, L. (2005). Pacificación en el Norte y Guerra en el Sur. Bogotá: Foro No 52 (págs. 3-8 ).
- Vásquez, F. (2009). Actores Armados y Gestión Municipal en Colombia. Bogotá: Revista Foro No. 67 (págs. 16-29).
- Vásquez, F. (2009). Actores Armados y Gestión Municipal en Colombia. Bogotá: Foro No 67 (págs. 16-29).
- Villarraga Sarmiento, A. (2005). La Política del Gobierno Uribe Frente al Tema de la Paz. Bogotá: Foro No 52 (págs. 9-22).
- Villarraga Sarmiento, A. (2005). La Política del Gobierno Uribe Frente al Tema de la Paz. Bogotá: Foro No 52 (págs. 9-22).
- Zuluaga Nieto, J. (2011). Alcances y Límites de la Política de Seguridad Democrática en la Acción Contrainsurgente. Bogotá: Foro No 73 (págs 19-30).

## **JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL**

- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-225 de 1995 (M.P. Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-283 de 1995 (M.P. José Gregorio Hernández).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-572 de 1997 (M.P. Jorge Arango Mejía y Alejandro Martínez Caballero).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-251 de 2002 (M.P. Eduardo Montealegre y Clara Inés Vargas).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-876 de 2002 (M.P. Alvaro Tafur Galvis).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-940 de 2002 (M.P. Manuel José Cepeda).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-1024 de 2002 (M.P. Alfredo Beltrán Sierra).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-122 de 2003 (M.P. Marco Gerardo Monroy).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-816 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Uprimny).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-818 de 2004 (M.P. Rodrigo Escobar).





Título: Acercamiento

Técnica: Colores sobre papel

Dimensión: 24 x 34 cm

## ***EL ESTUDIO DE LAS RELACIONES ENTRE NIVELES DE GOBIERNO DESDE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES Y LA GOBERNANZA MULTINIVEL***

- \* Artículo derivado de los resultados de la investigación terminada *Gobernanza multinivel e Intergubernamentalismo en las relaciones departamento-municipios en Antioquia, 1995-2009. Una mirada desde el cambio institucional* para obtener el título de Magíster en Ciencia Política.

Fecha de recepción: agosto 19 de 2013

Fecha de aprobación: octubre 4 de 2013

## EL ESTUDIO DE LAS RELACIONES ENTRE NIVELES DE GOBIERNO DESDE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES Y LA GOBERNANZA MULTINIVEL

*Olga Lucía Zapata Cortés\*\**

### RESUMEN

Este artículo presenta los aportes de la teoría de las Relaciones intergubernamentales (RIG) y en enfoque de la Gobernanza Multinivel (GMN) en el estudio de las relaciones entre niveles de gobierno. Ambos, desde la ciencia política, aportan a la comprensión del fenómeno de las relaciones intergubernamentales en tanto permiten el estudio de aspectos formales e informales determinantes en el escenario de negociación, coordinación, formulación de políticas, articulaciones y toma de decisión y, en general, de las acciones que comprometen varios niveles de gobierno. Tanto RIG como GMN abordan elementos teórico-analíticos diferenciados, pero complementarios, para el entendimiento de los mecanismos de coordinación y articulación entre los niveles gubernamentales que conforman un Estado. Más precisamente, las RIG permiten el estudio de las relaciones intergubernamentales desde una tendencia institucional que examina las competencias de los diferentes niveles, la normatividad, el rol de los partidos políticos, la burocracia y los instrumentos de gobierno para el relacionamiento. Por su parte, la GMN permite el estudio de las relaciones que se desarrollan entre diferentes niveles de gobierno desde la manera como los actores las van forjando, por lo que da menos importancia a los marcos jurídicos e institucionales impuestos desde arriba.

**Palabras clave:** Gobernanza, gobernanza multinivel, Intergubernamentalismo, gobiernos subnacionales.

### THE STUDY OF THE RELATIONS BETWEEN GOVERNMENT LEVELS SINCE THE INTERGOVERNMENTAL RELATIONSHIPS AND THE MULTILEVEL GOVERNANCE

### ABSTRACT

This paper presents the contributions of the theory of intergovernmental relations (IGR) and multilevel governance approach (MLG) in the study of relations between governmental levels. Both, from political science, contribute to the understanding of the phenomenon of intergovernmental relations, while enabling the study of formal and informal aspects in determining the stage of negotiation, coordination, policy development, and joint decision making and, in general, actions that involve various levels of government. Both IGR as MLG focus in theoretical and analytical elements different, but complementary, to the understanding of the mechanisms for coordination between government levels that make a state. More precisely, the IGR allows the study of intergovernmental relations from an institutional trend that examines the powers of different levels, the policy, the role of political parties, bureaucracy and the government instruments for the relationship. In turn, the MLG allows the study of the relationships that develop between different levels of government from the way the actors are forging, by giving less importance to the legal and institutional frameworks imposed from above.

**Key words:** Governance, multilevel governance, intergovernmentalism, subnational governments.

---

\*\* Profesora, Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Antioquia, Medellín, Colombia, Correo electrónico: olga.zapata@gmail.com.

# **EL ESTUDIO DE LAS RELACIONES ENTRE NIVELES DE GOBIERNO DESDE LAS RELACIONES INTERGUBERNAMENTALES Y LA GOBERNANZA MULTINIVEL**

## **INTRODUCCIÓN**

Los niveles de gobiernos en un Estado están en constante interacción y relacionamiento, producto de su función gubernamental, así como de la necesidad de intercambio de recursos, conocimiento y cumplimiento de sus responsabilidades legales. Estas relaciones dependen de factores como el tipo de Estado (unitario, federal, supranacional), el número de unidades subnacionales que conformen el Estado, el grado de centralismo o presidencialismo, la jerarquía de sus funcionarios, la interacción de sus funcionarios, la presencia de prácticas clientelistas o no, entre otros.

Las Relaciones Intergubernamentales (RIG), como enfoque teórico, permite el estudio de las relaciones entre niveles de gobierno desde una tendencia institucional al examinar las competencias de los diferentes niveles, la normatividad, el rol de los partidos políticos, la burocracia y los instrumentos de gobierno formales e informales que se implementan en dicho relacionamiento, tal como lo exponen algunos de sus autores más representativos como Wright (1997), Méndez (1997) y Jordana (2002a y 2002b). Desde este enfoque, se pueden explicar diferentes factores que inciden en la conformación y estructuración de las relaciones entre niveles de gobierno, particularmente, aquellas del tipo formal y regulados; asimismo, permite explicar la permanencia de prácticas informales y no reguladas como el clientelismo, el sostenimiento de relaciones individualistas y jerárquicas en contextos de democráticos y descentralizados.

La GMN por su parte, permite el estudio de las relaciones que se desarrollan entre diferentes niveles de gobierno de manera más flexible porque parte de los supuestos propios de la gobernanza en el sentido de estudiar los diferentes actores que interactúan en el proceso de gestión pública y toma de decisiones, ampliando el espectro de análisis en tanto considera procesos formales e institucionales así como procesos informales y no regulados. El avance del enfoque de la gobernanza, así como de sus diferentes aplicaciones, le permite posicionarse en el campo de los estudios gubernamentales, así como de procesos de regulación y cambio social, tal

como lo exponen autores como Peters y Pierre (2002 y 2005), Kooiman (2005), Rhodes (1996) y Stoker (1998), entre otros.

Este texto tiene la intención de presentar los enfoques de las Relaciones Intergubernamentales y la Gobernanza Multinivel como opciones para los estudios de niveles de gobierno, ya sea por separado o de manera complementaria. Por lo que, en una primera parte se exponen los fundamentos teóricos del enfoque de las RIG y su alcance en el estudio de las relaciones entre niveles de gobierno. En una segunda parte, se enuncian los principales postulados teóricos asociados a la GMN. En una tercera parte, se presenta un paralelo, aspectos comunes y diferenciadores, de ambos enfoques con el propósito de presentar sus alcances y complementariedades, lo que, a su vez, permite determinar las ventajas que tienen al utilizarlos como marcos teóricos para la comprensión de los fenómenos asociados a las relaciones intergubernamentales.

El aporte del enfoque de las Relaciones Intergubernamentales (RIG)

Las Relaciones Intergubernamentales (RIG)<sup>1</sup> son definidas como “el conjunto de nexos e intercambios emergentes de la interrelación entre los distintos niveles de gobierno, instancias en las que se determinan políticas y estrategias generales de desarrollo en circunscripciones territoriales determinadas” (Arandia, 2002, pág. 10). Se comprenden como el tipo de relaciones que tienen los diferentes niveles de gobierno dentro de un mismo Estado, así como aquellas que se dan entre iguales niveles de gobierno.

El concepto de relaciones intergubernamentales (RIG) tiene dos dimensiones básicas. En primer lugar, hace referencia a relaciones que se establecen entre distintas instancias u órdenes territoriales de gobierno...involucran entidades políticas con cierta autonomía. Por lo tanto, dichas relaciones no son esencial o necesariamente jerárquicas, aun cuando puedan ser asimétricas...La segunda dimensión se refiere a que las relaciones no solo se dan entre órdenes distintos de gobierno sino también entre entidades gubernamentales del mismo nivel territorial (estado-estado; municipio-municipio, etc.). El concepto se refiere entonces a relaciones o incluso asociaciones que involucran a entidades subnacionales, locales, etcétera (Méndez, 1997, pág. 9).

---

1 Las Relaciones Intergubernamentales (RIG) surgieron en Estados Unidos en la década de 1930, particularmente con la llegada del *New Deal* del gobierno de Roosevelt. Aunque el término se empezó a utilizar desde 1937 –en un artículo de Clyde F. Snider– no fue hasta 1964 que se publicó una obra de W. Brooke Graves donde daba cuenta de su origen, desarrollo histórico y estado del arte. En el contexto latinoamericano, las RIG se dieron a conocer por medio de la obra de Deil S. Wright titulada *Para entender las relaciones intergubernamentales*, cuya primera edición en español se publicó en 1997, diecinueve años después de la primera edición en inglés.

Según Wright (1997), William Anderson definió las RIG como “un importante cuerpo de actividades o de interacciones que ocurren entre las unidades gubernamentales de todos tipos y niveles dentro del sistema...[de un país]” (pág. 71), por lo que el aporte teórico más importante de Anderson fue en relación a las características que presentaban las RIG; pero fue Wright quien más tarde fortaleció las características, fundamentando aún más la teoría. Son pues las características de las RIG, las cuales mantienen su vigencia en los estudios gubernamentales, los principales postulados en torno a la forma y condicionamiento del relacionamiento. Estas son: 1. Número y la variedad de las unidades gubernamentales, 2. Número y la variedad de funcionarios públicos que intervienen, 3. Intensidad y regularidad de los contactos entre los funcionarios, 4. Importancia de las acciones y las actitudes de los funcionarios y 5. La política financiera.

La conceptualización de la primera característica adopta la definición hecha por la Oficina del Censo de los Estados Unidos sobre unidad de gobierno: “una entidad organizada que, además de tener carácter gubernamental, tiene suficiente discrecionalidad en la administración de sus propios asuntos para dirigirla como separada de la estructura administrativa de cualquier otra unidad gubernamental” (Wright, 1997, pág. 73). Para el caso colombiano, la Constitución Política de 1991 definió la unidad de gobierno (artículo 311), así como los niveles gubernamentales (artículo 286) y las competencias de cada uno, promulgando la autonomía de estos niveles con respecto a los demás.

La segunda característica propuesta por Wright para entender las relaciones entre niveles de gobierno está asociada a los funcionarios públicos, ya que son quienes “influyen poderosamente en la dirección de las acciones de las RIG” (Wright, 1997, pág. 74). También Anderson había fundamentado que “los seres humanos que ejercen un cargo son los verdaderos determinantes de cómo serán las relaciones entre unidades de gobierno” (1960, pág. 4, citado por Wright, 1997, pág. 75). Esta característica es esencial en tanto las relaciones gubernamentales se materializan por medio de las acciones que diariamente realizan los funcionarios al cumplir las funciones de sus respectivos cargos.

La tercera característica se refiere a las interacciones constantes entre los funcionarios, las cuales “no están formalmente ratificadas en acuerdos o rígidamente fijadas por estatutos o decisiones de los tribunales [...] las RIG incluyen los continuos contactos de los funcionarios y los intercambios de información y de opiniones” (Wright, 1997, pág. 81). Esta interacción, según el autor, es promovida principalmente porque los funcionarios buscan que las cosas se hagan, en otras palabras, buscan cumplir las metas políticas y administrativas que tienen o les imponen. Entonces, es necesario plantear la influencia de la discrecionalidad y personalidad

de los funcionarios en las relaciones entre niveles de gobierno, ya que pueden interferir positiva o negativamente, directa o indirectamente.

Esta característica, particularmente, permite estudiar tanto el papel de los funcionarios como el de las agencias gubernamentales que intervienen en los procesos de toma de decisiones en los diferentes niveles de gobierno. Este aspecto es denominado dentro del enfoque de las RIG como *redes profesionales* y es importante porque permite analizar los cambios en las funciones y relacionamiento entre las agencias gubernamentales, así como el clientelismo<sup>2</sup>. Un escenario para aplicar estudios de este tipo es el contexto Latinoamericano, porque existe mayor probabilidad de un funcionamiento por medio de redes clientelistas en los diferentes niveles gubernamentales. Esto es porque desde las redes de funcionarios se pueden presentar formas de organización de lo político y de relacionamiento intergubernamental como el corporativismo, el clientelismo, el prebendalismo, el populismo, entre otros.

[...] el Estado latinoamericano ha sufrido una mayor fragmentación “real” de lo que usualmente se ha pensado...ha tenido una menor capacidad gubernamental para llevar adelante políticas públicas claras y de interés general, que permitan el desarrollo sostenido de las sociedades. Aunque en primera instancia o en ciertos aspectos el gobernante latinoamericano haya ejercido con fuerza su poder, los actores políticos de la región han encontrado formas de resistencia en otras instancias o dimensiones. Por un lado, con frecuencia el Estado ha tenido que sustituir la legitimidad tradicional por una basada en el corporativismo, el clientelismo, el prebendalismo, el populismo o como sea que le quiera llamar. Aunque asimétricas, estas relaciones clientelistas lo han hecho frecuentemente rehén de actores políticos nacionales, regionales o locales (los conocidos y largamente arraigados caciques que han «espantado» los intentos de descentralización) (Méndez, 1997, pág. 15).

La cuarta característica de las RIG se refiere a la participación que tienen los funcionarios en la toma de decisiones e implementación de políticas públicas en los diferentes niveles de gobierno. “Todos los funcionarios públicos son participantes potenciales o reales en los procesos de toma de decisiones en las RIG” (Wright, 1997, pág. 82). Estos actores influyen directa e indirectamente en la toma de decisiones como en la ejecución, implementación, evaluación y control de las acciones gubernamentales. Así, presidente, ministros, senadores, directores de agencias,

---

2 Las redes profesionales se construyen en países con burocracias estatales fuertes y servidores públicos independientes. En países que no se comportan de esta manera, el clientelismo aparece como un opuesto a las redes profesionales, pero se consideran redes de profesionales en países como los Latinoamericanos. Según Méndez (1997), el sistema político latinoamericano se caracteriza, a pesar de los cambios en muchos países, por ser centralista, unitario y jerárquico. Y a pesar de sus políticas y reformas hacia la descentralización, mantiene un importante control sobre los gobiernos subnacionales.

gobernadores, diputados, secretarios de despacho, asesores, alcaldes, concejales, legisladores, entre otros, toman decisiones diariamente que afectan a otros niveles de gobierno, así como a la sociedad civil.

La última característica se refiere a la política financiera como uno de los aspectos que regula las RIG. “Las políticas consisten en intenciones y acciones (o inacciones) de funcionarios públicos y las consecuencias de esas acciones” (Wright, 1997, pág. 84). Así, cuando se reconoce la autonomía de cada nivel gubernamental frente a la política financiera, se aumenta la posibilidad de que se generen mecanismos de relacionamiento para asegurar algún grado de coordinación, cooperación, jerarquización o influencia entre los diferentes niveles de gobierno.

La política financiera es un elemento fundamental en las relaciones intergubernamentales en tanto que uno de los lazos de dicho relacionamiento es la transferencia de recursos desde el gobierno central hacia los gobiernos subnacionales. Esta es un elemento transversal, capaz de generar un sinnúmero de relaciones intergubernamentales complejas (Cf. Jordana, 2002a y 2002b). Ello se debe a que se producen diferencias entre los niveles territoriales que asumen el gasto público con respecto a los niveles territoriales que recaudan los recursos. Es frecuente que los niveles más agregados de gobierno tengan la mayor control sobre los ingresos públicos, apareciendo luego los desequilibrios significativos en las balanzas fiscales de los distintos niveles de gobierno, lo que conlleva la aparición de una trama de relaciones fiscales intergubernamentales para gestionar estos desequilibrios (Jordana, 2002b, pág. 18).

### 1.1 Modelos de análisis

Las Relaciones Intergubernamentales pueden analizarse desde tres modelos principales: de autoridad coordinada (autonomía), de autoridad dominante o inclusiva (jerárquica) y de autoridad igual o superpuesta (negociación).

El modelo de **autoridad coordinada** se caracteriza por una separación clara de los límites entre los diferentes niveles de gobierno, particularmente del nivel intermedio y del nacional. El nivel local, por definición, está dentro del nivel intermedio debido a la dependencia que establece con este (Cf. Wright, 1997); sin embargo, para el caso colombiano debe reconocerse explícitamente la autonomía municipal que separa la actuación local de la departamental, clarificando los límites, competencias y funciones de cada ente territorial. En este modelo, las relaciones entre los niveles son independientes, ya que responden a la autonomía que cada gobierno tiene con respecto al otro, por lo que cada nivel gobierna según su poder.

El modelo de **autoridad inclusiva** se caracteriza por unas relaciones dependientes y jerárquicas, en donde el nivel inferior depende del intermedio y este a su vez del nivel nacional. La pauta de autoridad en este modelo va, por lo general, en el sentido de arriba hacia abajo, y la ampliación de poder de uno de los niveles resulta en la reducción de poder de los demás o en una ampliación generalizada (Cf. Wright, 1997). “El modelo de autoridad inclusiva sirve para otras aplicaciones, además de permitir predicciones de las políticas de RIG. También sugiere la naturaleza esencialmente jerárquica de la autoridad” (Wright, 1997, pág. 111). En este sentido, las relaciones de dependencia implican una pauta de poder en donde el gobierno nacional es el máximo tomador de decisiones y los niveles inferiores son los operadores de las políticas públicas. “A la pregunta de quién gobierna, este modelo nos da una respuesta inequívoca: el gobierno nacional” (Wright, 1997, pág. 111).

Por su parte, el modelo de **autoridad superpuesta** se caracteriza por presentar una autoridad traslapante, una relación interdependiente y negociada. En este modelo, existen operaciones gubernamentales que incluyen la participación simultánea de los tres niveles de gobierno (nacional, intermedio y local). También existe autonomía para decisiones que solo le competen a un determinado nivel y limitaciones de poder, por lo que es necesario recurrir a la negociación para el desarrollo de algunas funciones u operaciones (Cf. Wright, 1997).

Sin embargo, Arandia (2002) propone una clasificación de las RIG diferente a la expuesta anteriormente, la cual comprende: i) las relaciones entre instancias de gobierno de un mismo nivel u horizontales y, ii) las relaciones entre instancias de gobierno de distintos niveles o verticales. Específicamente, las RIG del segundo tipo, son aquellas que se dan entre el gobierno central, los gobiernos intermedios (departamentos) y los gobiernos locales (municipios). Aunque Arandia enuncia que la noción de verticalidad está dada por el sentido territorial, es decir, por las funciones y competencias que cada nivel ejerce y no por el administrativo, para el caso colombiano, hay que considerar que la verticalidad o jerarquía están dadas por factores como el territorial, el normativo, el administrativo, el financiero, el político, entre otros.

Las relaciones de tipo vertical se exteriorizan de dos maneras. En primer lugar, de abajo hacia arriba “cuando por ejemplo se discute la representación política de los gobiernos subnacionales de jurisdicción menor ante los de jurisdicción mayor o se negocian asuntos presupuestarios” (Arandia, 2002, pág. 11). En segundo lugar, de arriba hacia abajo, “cuando la iniciativa nace de los órganos de jurisdicción mayor hacia los de jurisdicción menor y que por lo general están relacionadas con el control, sea político o de gestión” (Arandia, 2002, pág. 11). En el segundo caso, por ejemplo se considerarían el efecto de las políticas establecidas por medio de leyes y la priorización de intervención que proponen algunas agencias del orden nacional (Plan Nacional de Desarrollo, Consejos de Política Social, ministerios, entre otros).

Independiente de la clasificación de los modelos, es necesario tener en cuenta los canales de relacionamiento entre las unidades de gobierno, las cuales suelen ser de dos tipos: el canal formal y el informal. Los canales formales son los “diversos mecanismos y procedimientos que definen la forma en que se configuran los procesos de toma de decisiones, sean estas conjuntas o no que se institucionalizan a través de normas legales de orden general y reglamentos internos específicos que regulan el funcionamiento de los diferentes órganos políticos y de administración del Estado” (Arandia, 2002, pág. 12). Así, las relaciones entre niveles de gobierno formalizadas se manifiestan mediante procedimientos de asignación, coordinación, delegación y decisiones institucionalizadas sobre recursos, competencias, políticas sectoriales, reparto de poder, entre otros. Por su parte, los canales no formales “se materializan en la coordinación informal entre los representantes y responsables de los distintos niveles de gobierno a través de sus partidos políticos y, finalmente, los efectos emergentes producidos por la creación de redes intergubernamentales entre las comunidades de profesionales que dirigen y gestionan las políticas públicas descentralizadas” (Arandia, 2002, pág. 12). Ahora bien, Jordana (2002b) plantea que las reglas electorales y los partidos políticos harían parte de los arreglos formales e institucionales; mientras que los arreglos denominados de carácter “informal” conformados por profesionales, representantes políticos y otros actores del sistema, se mantendrían dentro de la dimensión informal (Cf. Jordana, 2002b, pág. 16).

Recapitulando este acápite, la teoría gubernamentalista suministra elementos para estudiar las relaciones entre diferentes niveles de gobierno, desde lo institucional, la jerarquía y la centralización de funciones y el papel de los funcionarios y la política fiscal. También puede abordarse aspectos sobre mecanismos e instrumentos de gobierno formales y jerárquicos, que es lo usual; pero también pueden abordarse mecanismos informales de negociación y cooperación no atravesados por la subordinación.

## 2. EL APORTE DEL ENFOQUE DE LA GOBERNANZA MULTINIVEL (GMN)

La Gobernanza es un enfoque que advierte una forma distinta de gobernar, definida como “un *cambio* en el significado de gobierno, referido a un *nuevo* proceso de gobierno, o el *cambio* en las condiciones de mando ordenado, o el *nuevo* método mediante el cual se gobierna a la sociedad” (Rhodes, 1996, págs. 652-653, citado por Peters y Pierre, 2002, pág. 432). En este sentido, suele aceptarse la definición de gobernanza propuesta por Kooiman y Van Vilet (1993) como “la creación de una estructura o de un orden que no puede ser impuesto exactamente, sino que es

el resultado de la interacción entre una multiplicidad de actores que participan del gobierno y que son mutuamente influenciables” (1993, pág. 64, citados por Blanco y Gomà, 2003, pág. 17)<sup>3</sup>. En este sentido, la gobernanza<sup>4</sup> está

constituida por las normas y reglas que pautan la interacción en el marco de redes de actores públicos, privados y sociales interdependientes en la definición del interés general en entornos complejos y dinámicos. La gobernanza se asocia a una mayor implicación de actores no gubernamentales en el diseño e implementación de las políticas públicas, y al fin al cabo, en la definición del interés general (Cerrillo I Martínez, 2005, pág. 9).

La importancia de la gobernanza radica en que es producto de la presión que ejercen, en la forma de gobernar, los cambios sociales a nivel mundial así como las reformas enfocadas al mercado, la reestructuración pública generada por la Nueva Gestión Pública, la descentralización de competencias que fragmenta al gobierno y a actores políticamente independientes, entre otros. Se trata de una nueva forma de interacción entre diferentes tipos de actores interdependientes, de una nueva forma de gobernar en la que la negociación y la cooperación<sup>5</sup> –y coordinación entre instituciones y actores públicos y privados- son claves en la formulación e implementación de la política y políticas públicas (Cf. Mayntz, 2005), modificando de esta manera la relación entre Estado y sociedad (Cf. Cerrillo I Martínez, 2005).

El surgimiento de la gobernanza y su evolución tiene tres razones: i) la necesidad de introducir actores privados y organizaciones representativas de intereses en la prestación de servicios; ii) para fomentar la participación, ya que la gobernanza implica la inclusión de actores privados y sociales en la gestión del sector pú-

- 
- 3 “La Real Academia Española en su diccionario de la Lengua Española desde siempre ha afirmado que el término gobernanza es una expresión antigua para denotar «la acción y efecto de gobernar o gobernarse, que lógicamente puede aplicarse a una persona, a una organización o a toda la sociedad. Pero, a partir del año 2001 (22ª edición), de manera sorpresiva pero fundamentalmente correcta, resume el debate teórico de los últimos años y define gobernanza como «arte o manera de gobernar que se propone como objetivo el logro de un desarrollo económico, social e institucional duradero, promoviendo un sano equilibrio entre el Estado, la sociedad civil y el mercado de la economía»” (Aguilar, 2007, pág. 13 y Cerrillo I Martínez, 2005, pág. 10).
  - 4 Señala Agustí Cerrillo I Martínez en el prólogo que hace al libro *La Gobernanza Hoy: 10 textos de referencia* (2005), que la proliferación del uso y significado del término gobernanza, la cual a pesar de estar aún en formación, ha permitido aplicarlo a diferentes ámbitos sectoriales y territoriales que van desde la gobernanza global a la gobernanza local, pasando por la gobernanza europea y la gobernanza multinivel, no sin antes introducir dificultades para su análisis.
  - 5 A pesar de la reiteración en la asociación de la gobernanza con la cooperación y coordinación, este autor, así como otros que trabajan este tema –a excepción de Bob Jessop-, no exponen la corresponsabilidad como elemento constituyente o intrínseco a la gobernanza. Ahora bien, aunque el modelo de gobernanza y sus diferentes aristas se está ampliando, no ha significado la superación del modelo tradicional sino más bien una modulación o reequilibrio (Cf. Prats Catalá, 2005).

blico; y, iii) la crisis de legitimidad de los años ochenta y noventa del siglo XX (Cf. Cerrillo I Martínez, 2005, pág. 13).

En el contexto Latinoamericano las razones pueden asociarse a: i) la crisis de los Estados sociales que en las décadas de los 80's y 90's del siglo XX exhibió al gobierno como capaz de generar costos sociales e incapaz de impulsar el desarrollo, ii) la percepción social negativa en la prestación de servicios públicos por obstaculizar las iniciativas de la sociedad, por implementar políticas públicas desarticuladas e ineficaces, en resumen, por ser una organización administrativa no costo-eficiente, iii) los gobiernos democráticos no estaban acreditando suficiente capacidad directiva, particularmente en lo concerniente a la cuestión de la seguridad pública y la cuestión social de la pobreza y la desigualdad, iv) la globalización, con su desterritorialización de la economía, ha provocado que las actividades de sectores económicos nacionales clave se hayan independizado de los sistemas de regulación estatal, v) la sociedad convertida en un sistema de subsistemas altamente diferenciados (economía, política, ciencia/tecnología, derecho, familia y vida privada, arte, entre otros), vi) la creciente independencia, autonomía y, hasta, autosuficiencia que personas, familias, grupos sociales organizados y socialmente relevantes han alcanzado en la atención de sus problemas, de modo que han dejado de recurrir al poder público para atenderlos o recurren a particulares (Cf. Aguilar, 2007, págs. 2-3).

La aplicación del enfoque de la gobernanza en estudios de gobierno, presupone la consideración de las siguientes premisas: En primer lugar, “la estructura del gobierno está fragmentada, con un laberinto de instituciones y organizaciones” (Stoker, 1998, pág. 3), en las que las agencias gubernamentales, centralizadoras, no logran aprehender la compleja realidad del sistema político. En segundo lugar, a pesar de los esfuerzos del nivel nacional por centralizar el poder, en la práctica, “hay muchos centros y diversos vínculos entre muchos órganos de gobierno en los planos local, regional, nacional y supranacional” (Stoker, 1998, pág. 3). En tercer lugar, el aumento de la participación de los sectores privados y voluntarios en la prestación de servicios y su interés por problemas públicos y el accionar del estado. En cuarto lugar, la gobernanza reconoce que no hay una organización que domine el proceso de intercambio, aunque pueda liderar ciertos asuntos inherentes a él. El hecho de que una agencia gubernamental de nivel nacional, regional o local imponga su autoridad, provoca tensiones entre los demás participantes del proceso. De ahí, que gobernar dentro de la perspectiva de gobernanza se traduce en un proceso interactivo en el cual ninguno de los participantes tiene el suficiente conocimiento, recursos o capacidad para imponerse sobre los demás. Sin embargo, es común observar en la realidad que en las “relaciones entre las autoridades centrales y las locales [se presenten acusaciones] de centralismo y apareciese aunada a una preocupación por la falta de coordinación” (Stoker, 1998, pág. 7).

Adicionalmente, la gobernanza se asocia con las redes en el sentido de que tanto agentes como instituciones actúan uniendo sus recursos, aptitudes y objetivos mediante coaliciones a largo plazo y al cumplir sus objetivos, asumen –en algunos casos- la dirección de su comunidad e incrementan su capacidad de decisión en temas que afectan su localidad. Este tipo de conductas pueden imponer reglas, sin recurrir a la autoridad gubernamental, y generar algunas ventajas: i) se pueden obtener mayores recursos entre varios entes, ii) la autonomía que tienen respecto del gobierno les permite una actuación más rápida en las comunidades, iii) se incrementa el apoyo y legitimidad de las comunidades, entre otras. Sin embargo, uno de los dilemas que se produce es la posibilidad de un déficit de transparencia –por falta de rendición de cuentas- en tanto las redes son autónomas y excluyen otras redes en el proceso (Cf. Kooiman, 2005).

Por último, la gobernanza reconoce la capacidad de conseguir que las cosas se hagan sin basarse en el poder del gobierno para mandar o emplear la autoridad. Considera que el gobierno puede emplear técnicas e instrumentos nuevos para dirigir y guiar. Esta nueva forma de gobernar propone que el Estado o gobierno sea un posibilitador, un agente canalizador de los esfuerzos y recursos, que ejerza la dirección, mientras establecen asociaciones, regulan su entorno y promueven oportunidades.

Entonces, la gobernanza es considerada como un enfoque flexible y dinámico (Cf. Vásquez, 2010) que ofrece las siguientes ventajas: en primer lugar, ofrece un énfasis analítico sobre actores subnacionales y supranacionales; en segundo lugar, a pesar de que una de sus categorías de análisis son los acuerdos y arreglos informales, también permite el análisis normativo (Cf. Morata, 2004a); en tercer lugar, su objeto de estudio se centra en los nuevos modos de gobernanza al tiempo que intentan responder si estos son eficientes, eficaces y democráticos al compararlos con los modos tradicionales; en cuarto lugar, el enfoque busca complementar otras teorías para explicar la integración europea, y en general, la actuación del Estado y su relación con la sociedad (Cf. Dür y Mateo, 2004, pág. 16).

## 2.1 La Gobernanza multinivel

La Gobernanza Multinivel (GMN) también se refiere a la interdependencia entre actores y la flexibilidad para el establecimiento y análisis de nuevas formas<sup>6</sup> de gobierno y de relacionamiento entre los diferentes niveles gubernamentales. Es así

---

6 Con nuevas formas se refiere a las formas de gobierno diferentes al modelo tradicional de intervención del Estado en los problemas sociales, de carácter centralista, jerárquico y con poca –o nula- participación de actores privados en la gestión gubernamental.

como gobernanza y GMN plantean una relación tan estrecha que suelen compartir las siguientes definiciones:

[...] un modo de gobernación característico de una sociedad compleja, diversa, interdependiente y dinámica en la que las Administraciones actúan con racionalidad limitada, el conocimiento se halla fragmentado entre diversos actores y la realización de los intereses generales depende de la calidad de interacción entre las Administraciones públicas, lo que podemos definir como gobierno multinivel, y de estas con las organizaciones de la sociedad civil y del sector privado<sup>7</sup> (Natera, 2005, pág. 54).

[...] un sistema de gobierno multinivel en el que la autoridad pública se dispersa entre los diferentes niveles gubernamentales y adopta formas diferentes en función de cada sector de políticas. Las competencias se solapan entre los diferentes niveles de gobierno y los actores políticos interactúan en cada uno de ellos. Dado este policentrismo, la imagen de gobernanza multinivel subraya el hecho de que no hay ningún actor capaz por sí solo de dar respuestas únicas y universales a los problemas sociales (Cf. Morata y Etherington, 2003, págs. 274-275, citado por Prats Catalá, 2005, pág. 156).

La clave de esta definición, es la referencia a la dispersión de la autoridad no solamente en los niveles de gobierno definidas por competencias, sino en las instancias de gobernanza creadas a través de la colaboración, coordinación y cooperación. Entonces, en la GMN confluye “una transformación del Estado ya que determina un incremento de la interdependencia entre los distintos niveles de gobierno..., obligados a compartir sus respectivos recursos para hacer frente a los cambios impuestos por el proceso de integración. Ello tiende a generar formas de gobernanzas cooperativas que alteran los principios de la estabilidad, territorialidad...” (Cf. Börzel, 2001 citado en Morata, 2004b, pág. 37). Esto hace que la esencia de la GMN esté en: i) la existencia de competencias solapadas entre diferentes niveles de gobierno, y ii) la interacción de actores políticos en esos diferentes niveles de gobierno (Cf. Hooghe y Marks, 2004 citado por Morata, 2004b, pág. 37). Así mismo, la GMN proporciona instrumentos para expandir las relaciones intergubernamentales más allá de los vínculos formales creados por la asignación de competencias.

Por su parte, Llamazares y Marks (1999) entienden la GMN como la forma que los distintos niveles institucionales comparten decisiones sobre asuntos o áreas de amplia competencia, más que uno de los niveles, generalmente el nivel central, monopolice dichas decisiones o actuaciones. Se trata pues, de interacciones en las

---

7 Definición propuesta por Jordi Sevilla en el prólogo que hace al libro *De la Burocracia al Management, Del Management a la Gobernanza. Las transformaciones de las Administraciones públicas de nuestro tiempo* (2005) de Joan Prats.

diversas áreas de políticas, lo que hace que se convierta en un sistema en el que los gobiernos territoriales comparten, con el resto de los niveles, tanto problemas como agendas y políticas de intervención (Cf. Blanco y Gomà, 2003, pág. 34). Sin embargo, debe reconocerse que en contextos como el colombiano, el nivel nacional sigue reservándose algunas decisiones como las relacionadas con el uso de la violencia, la fuerza pública y otras relacionadas con la política fiscal, por lo que para algunas áreas o temas se mantenga dicho monopolio. Adicionalmente, también los gobiernos subnacionales podrían separarse de esta articulación, especialmente en decisiones y acciones que impliquen pérdida significativa de control individual en dichos procesos tal como lo sostienen Hooghe y Marks (2004).

La GMN suele asociarse a la ausencia jerárquica entre actores e instituciones; pero esto no siempre es recomendable. La forma de relacionamiento más importante entre los diferentes niveles de gobierno son las instituciones, porque son estas las que promueven las redes de cooperación e interacción entre los diferentes actores –públicos y privados- de los diferentes niveles de gobierno. Es por esto que la GMN “denota un orden negociado, más que un orden definido por marcos legales formalizados” (Perters y Pierre, 2002, pág. 437). La GMN requiere de acuerdos y negociaciones institucionales que trasciendan la normatividad para atraer nuevos actores de diferentes niveles de gobierno, definir nueva agendas y formar redes.

Finalmente, la GMN se asimila a una forma particular de juego político en el cual se presenta la participación y negociación entre instituciones y actores con múltiples intereses en la formulación e implementación de políticas públicas (Morata, 2004b, págs. 39-42). La asociación de la GMN con el juego político se da por “la relajación de los marcos regulatorios [generando] un comportamiento más estratégico y autónomo entre los actores” (Peters y Pierre, 2002, pág. 437), caracterizado porque en él pueden participar muchos jugadores de manera simultánea. Entonces, hay un predominio de los procesos más que de las instituciones, ya que su interés radica en el acto de gobernar mediante la acción colectiva “en aquellas situaciones en las que no es posible recurrir solo a la autoridad del Estado” (Peters y Pierre, 2002, p. 432). Esto significa que la gobernanza solo es posible en contextos que la permitan, es decir, en sistemas políticos democráticos con amplia participación ciudadana y de otros sectores diferentes al gubernamental.

Resumiendo este acápite, la gobernanza multinivel (GMN) es un enfoque que estudia relaciones entre niveles de gobierno a nivel supranacional, nacional y subnacional (incluyendo el regional y local). Asimismo, puede ser pertinente en estudios sobre actores e instituciones y nuevas formas de relacionamiento entre el Estado y la sociedad.

### 3. ELEMENTOS CONVERGENTES Y DIVERGENTES DE LOS ENFOQUES DE LAS RIG Y LA GMN

#### 3.1 Elementos comunes entre las RIG y la GMN

El ascenso de la GMN es producido por el debilitamiento del modelo de gobierno tradicional<sup>8</sup>. Sin embargo, esto no significa que la GMN supere a las RIG, más bien la complementa, ya que “el concepto de RIG trasciende el enfoque jurídico de la corriente principal e incluye dentro de las RIG toda una rica gama de acciones y concepciones informales de los funcionarios que de otra manera quedarían sumergidas” (Wright, 1997, pág. 101).

Así mismo, Guy Peters y Jon Pierre (2002) exponen que, cada vez más, las relaciones entre niveles de gobiernos son fluidas, negociadas y tienen en cuenta el contexto específico donde se desarrollan, además de estar superando los antiguos modelos jerárquicos y formales. También, estos autores hacen una crítica a la manera como se han venido aplicando e interpretando los modelos de la GMN. Según estos autores, “la mayoría de los modelos e interpretaciones analíticas de la gobernanza multinivel ha caído en la misma trampa que ciertos análisis de la gobernanza, consistente en que la antigua perspectiva estatocéntrica y constitucional es reemplazada por una imagen del acto de gobierno en el que las instituciones resultan prácticamente irrelevantes” (Peters y Pierre, 2002, pág. 429). Esta crítica es importante porque suele suponerse que las instituciones no son transcendentales en el enfoque de gobernanza ya que se prefieren los acuerdos informales y negociaciones entre actores y el trabajo en red. En este sentido, estos autores proponen el enfoque de GMN como complemento de las relaciones intergubernamentales (RIG) definidas en un marco regulatorio (Cf. Peters y Pierre, 2002).

La relación complementaria entre las RIG y la GMN, es descrita por Scharpf (2005) en tanto ambos enfoques explican las relaciones entre los diferentes niveles de gobierno y en tanto la aparición de redes y nuevas formas de gobierno de la GMN

---

8 Dentro de las causas de la transición del Gobierno a la Gobernanza, pudieran relacionarse con aspectos como: i) Las reformas descentralizadoras que trajeron consigo cambios en las funciones, competencias y responsabilidades de los diferentes niveles de gobierno (a nivel municipal se incrementó la implementación de políticas públicas); ii) El aumento de la autonomía local para tomar decisiones y actuar; iii) La descentralización cambio las reglas de juego en materia de relaciones intergubernamentales, pasando de relaciones jerárquicas a relaciones con tendencia hacia la horizontalidad; iv) La gestión de los gobiernos enfocado hacia la eficiencia y la gestión por resultados ha generado una generalización del modelo de la nueva gestión pública; v) El aumento de la participación del sector privado en la gestión pública, con lo que se han configurados frente de actuación desde las alianzas público-privadas; vi) El aumento de la participación ciudadana, como expresión del aumento de la democracia local, producto de las reformas y las reglamentaciones en materia espacios y mecanismos de participación ciudadana (Cf. Vásquez, 2010).

no reemplazan la centralidad de los actores y agentes gubernamentales en la toma de decisiones en las RIG (Cf. Jiménez, Ramírez y Roncancio, 2007).

Al igual que en las RIG, en la GMN se mantiene la tensión entre las demandas sociales y la respuesta gubernamental, por lo que ambas posturas estudian la interdependencia entre los diferentes actores y elementos sociales, políticos, institucionales, normativos e informales (Prats, 2003, pág. 4, citado por Jiménez, Ramírez y Roncancio, 2007, pág. 121). A este respecto, Peters y Pierre (2002), postulan el retorno a la coordinación política –que pudiera llamarse estado-céntrica-, indicando que el rol del gobierno consiste en proveer un conjunto de objetivos para gobernar...” (Jiménez, Ramírez y Roncancio, 2007, pág. 121).

En su artículo *Gobernanza estatocéntrica y gobernanza multinivel* Hooghe y Marks exponen estos dos enfoques básicos pero distintos para analizar el desarrollo de la Unión Europea. El enfoque de gobernanza estatocéntrica, derivado de las RIG, ha venido siendo desarrollado por autores intergubernamentalistas, quienes consideran a los Estados como decisores finales de las políticas y como ejecutores del control de estas en el nivel estatal, al aprovechar el marco legal y la burocracia para la implementación de acuerdos, logrando así control individual y colectivo sobre los resultados en los diferentes niveles gubernamentales (2004, págs. 53-54).

En claro contraste con las tesis intergubernamentales, los gobiernos estatales se convirtieron en un actor más, aunque predominante, en el proceso político europeo; ya no monopolizan la relación entre la política estatal y la europea en la que se producen los acuerdos políticos. Los estados no son los únicos vínculos entre los actores subestatales y las instituciones europeas lo que origina que las diferentes arenas (europea, estatal y regional) estén interconectadas, sin que exista una clara separación entre ellas. Esto hace posible para los actores subestatales la configuración de un nuevo campo de actuación (Marks, Hooghe y Blank, 1996, págs. 346-347 citados por Cancela, 2006, pág. 8).

A pesar de las posturas teóricas que describen a la gobernanza como una superación de los enfoques estadocéntricos, autores como Rhodes y Lechner presentan posturas más desafiantes y centradas en las redes y el papel del Estado (Cf. Jiménez, Ramírez y Roncancio, 2007). Rhodes “reconoce que aunque el Estado no ocupe una posición privilegiada por sobre los demás actores [en el contexto de gobernanza], puede indirecta e imperfectamente dirigir las redes” (Jiménez, Ramírez y Roncancio, 2007, pág. 88); en ese sentido, las redes resisten una dirección central. Para Lechner, “la aparición de las redes y el fortalecimiento de la sociedad civil no implica necesariamente una correlación de suma cero en detrimento del Estado, puesto que la cooperación entre actores requiere la intervención del Estado por cuanto este dispone de recursos intransferibles” (Jiménez, Ramírez y Roncancio, 2007, pág. 89).

Así mismo, para solucionar los fallos que pueden producir las redes (como por ejemplo bloqueo de decisiones, externalización de costos a no participantes, déficit de *accountability* y efectos no vinculantes de las decisiones) la presencia y papel del Estado es importante, ya que “...sólo el Estado parece estar en condiciones de asegurar la dimensión representativa de la coordinación, así como cierta capacidad de conducción política. Ambos aspectos nos remiten a la democracia. No radicaré precisamente en esta función coordinadora el significado de un Estado democrático? [sic]” (Lechner, 1997, pág. 16, citado por Jiménez, Ramírez y Roncancio, 2007, pág. 90).

Así mismo, el Estado mantiene el derecho de ratificar legalmente las decisiones e interviene en los procesos mediante las acciones legislativas y ejecutivas, de ahí que “el control jerárquico y la autodeterminación cívica no están opuestos, sino que se combinan entre sí, y esta combinación puede resultar más eficaz que cualquiera de las formas puras” (Mayntz, 2001: 3 citado por Jiménez, Ramírez y Roncancio, 2007, pág. 90).

### 3.2 Elementos diferenciadores entre GMN y las RIG

A pesar de las propuestas académicas en torno a la relación de complemento de los enfoques RIG y GMN, también existen posturas que tratan de diferenciarlos profundamente.

Un primer elemento diferenciador entre las RIG y la GMN es que esta última comprende un mayor número de actores que los modelos basados en las RIG. En este sentido, la GMN es considerada una consecuencia de las RIG, aunque con un alcance mayor en cuanto a participación e inclusión de actores, ya que “resulta así de la interacción multinivel en que los actores subestatales cobran un especial protagonismo al disponer de mecanismos de conexión con [otros niveles], con lo que esta dispone a su vez de aliados para vencer las resistencias de los gobiernos a ceder ninguna parcela de su poder en la arena [política]” (Vara, 2006, pág. 2). Además, la GMN incorpora a actores públicos y privados en la definición de objetivos mediante la colaboración y el intercambio, mientras que en las RIG predomina el sector público en el establecimiento de metas y logros de objetivos de bienestar colectivo. En este sentido, la GMN se refiere más a la integración de procesos de los diferentes niveles y las RIG a la institucionalidad y legalidad (Cf. Peters y Pierre, 2002). A diferencia de las RIG, la GMN “se refiere a los procesos interconectados de gobernanza que incorporan tanto a los actores públicos como a los privados en formas contextualmente definidas de intercambio y colaboración...consiste en integrar entre sí los procesos de los distintos niveles institucionales” (Peters y Pierre, 2002, págs. 433-434).

La GMN difiere de las RIG en tres aspectos: “primero, está enfocada en sistemas de gobernanza que comprenden instituciones y actores transnacionales, nacionales y subnacionales; segundo, considera que las negociaciones y las redes –no las constituciones u otros marcos legales- representan el rasgo distintivo de las relaciones intergubernamentales; tercero, no anticipa el orden lógico que debieran tener los diversos escalones institucionales” (Peters y Pierre, 2002, pág. 431).

Las relaciones entre los niveles en el marco de las RIG se hacen por medio de las instituciones y pocas veces entre actores de diversa índole directamente. Esto genera que las relaciones internacionales, sean un asunto de Estado y no de niveles subnacionales; contrario pasa en la GMN, ya que cualquier nivel puede relacionarse en igual condiciones con otros niveles del país y con otros países e instancias de manera directa, sin intermediarios.

Para las RIG son importante las instituciones, en tanto estas conforman el marco regulatorio de la actuación de los diferentes niveles de gobierno, así como la jerarquía entre ellos. Así mismo, para la GMN las instituciones son cruciales porque permiten y definen los vínculos entre los diferentes niveles de gobierno y porque son a su vez actores que participan en más de un nivel, ayudando a coordinar la gobernanza en múltiples niveles, lo que a su vez configura el trabajo mediante redes (Cf. Peters y Pierre, 2002, Cf. Blanco y Gomà, 2003). A pesar de esta similitud, hay una diferencia que las separa: en las RIG las instituciones tienen definida su actuación con los diferentes niveles (incluido el internacional) basados en la jerarquía y subordinación; mientras que en la GMN, las instituciones no están jerárquicamente ordenadas y su relación es compleja y contextual. Ejemplo de esto serían las relaciones institucionales de responsabilidades financieras, las cuales en las RIG estarían basadas en la jerarquía (desde el nivel nacional hasta el local) y con el control político y financiero con que se ejercen; mientras que bajo el enfoque de la GMN los gobiernos locales pueden acceder a recursos de otras instancias (como la internacional) para cumplir con sus objetivos.

Con respecto a la concepción de la gobernanza como un juego político, la GMN lo explica como una cuestión empírica, es decir, no se conoce con anticipación quienes serán los jugadores ni los premios, contrario a lo que sucede en las RIG. Así, la GMN “puede asociarse a cierta moderación en las demandas de los actores con el fin de conservar su lugar privilegiado como jugadores” (Peters y Pierre, 2002, pág. 438). Así mismo, en las RIG existen jugadores condicionados a determinados niveles, mientras que en la GMN los jugadores no tienen restricciones de este tipo. Sin embargo, este juego político es esencialmente gubernamental e institucional, por lo que a pesar de no restringirse la participación del sector privado y actores no

gubernamentales, son las entidades públicas las más interesadas y participativas. Una vez adentro, los jugadores se comportan impredeciblemente y estableciendo alianzas según la combinación de sus intereses.

Otros dos elementos que muestran cómo la GMN se diferencia de las RIG tienen que ver con: i) en los niveles institucionales han surgido nuevos modelos (horizontales) de gobernanza y ii) se ha abandonado el antiguo y considerablemente jerárquico ordenamiento de las instituciones. A diferencia de las RIG, la gobernanza:

alude, en definitiva, a las estructuras y procesos mediante los cuales los actores políticos y sociales llevan a cabo prácticas de intercambio, coordinación, control y adopción de decisiones en los sistemas democráticos...; y se caracteriza porque (a) supera la exclusividad de las instituciones y actores estatales en la gestión de los asuntos públicos, (b) reconoce la pluralidad de actores sociales con posibilidad de intervenir en dicha gestión, (c) implica interdependencia entre ellos de modo que induce a su cooperación y participación en la adopción de decisiones públicas y en la asunción de responsabilidades de carácter colectivo o interés general (Natera, 2005, pág. 56).

En las RIG los funcionarios son quienes materializan las relaciones entre los diferentes niveles subnacionales, ya que es una de sus funciones. Para cumplir las metas políticas o los objetivos de gobierno programados, estos recurren a acuerdos formales e informales para mejorar las comunicaciones y lograr lo propuesto. Por su parte, en la GMN, los actores (entre ellos los funcionarios gubernamentales) participan por convicción más que por obligación y en igual condición que los demás.

Las RIG se han “caracterizado por dos tipos opuestos de intercambio: uno formal, constitucionalmente definido, y otro informal, contextualmente definido. Quizá las relaciones intergubernamentales requieren de ambos tipos de intercambio para operar de manera eficiente” (Peters y Pierre, 2002, pág. 452). De esta manera, lo informal opera estratégicamente como por ejemplo para mejorar la rapidez en las comunicaciones, mientras que lo formal se utiliza para salvaguardar las facultades e intereses de los diferentes niveles gubernamentales. En cambio, la gobernanza pretende y promueve la disminución –e incluso la ausencia– de marcos regulatorios para operar.

Finalmente, la teoría de las RIG contempla las relaciones internacionales como asuntos del Estado-nación, es decir, del nivel superior; mientras que la GMN considera la existencia de relaciones entre niveles locales, meso, nacionales e internacionales sin distinción y de manera horizontal e independientes, es decir, sin necesidad de mediación de los Estado-nación.

## CONCLUSIONES

Los enfoques de las RIG y la GMN se configuran como opciones pertinentes, por separado o complementariamente, para el estudio de temas asociados a formas de gobierno, relacionamiento entre niveles de gobierno, así como el de alianzas público-privadas, o el análisis de actores en procesos de participación y toma de decisión. Esto es, porque, si bien las RIG presentan una tendencia oficialista e institucional, para el caso de estados unitarios descentralizados, que suelen organizarse bajo el principio de separación de los niveles de gobierno, donde cada instancia conserva facultades para la toma de decisiones políticas y es considerada como un actor del sistema político, este enfoque permite explorar la autonomía de las unidades de gobierno, así como sus mecanismos de coordinación y el papel de los funcionarios en el establecimiento de relaciones entre los diferentes niveles de gobierno. Así mismo, la GMN desde una tendencia pluralista e informal, permiten integrar el conjunto de actores que interactúan e inciden en la gestión pública, así como los mecanismos informales que establecen para hacerlo –las redes-, lo que integra varias categorías de análisis para el entendimiento de los fenómenos gubernamentales y sociales.

Otros estudios que podrían beneficiarse de la teoría gubernamentalista son los que se relacionan con redes de profesionales o funcionarios, partidos políticos, presidencialismo, clientelismo, regulación, entre otros. Por su parte, los beneficios de utilizar la flexibilidad del enfoque de la gobernanza podrían asociarse a estudios sobre incentivos a la creación de redes, alianzas y acuerdos, procesos de negociación y toma de decisiones, entre otros.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aguilar, Luis F. (2007). El aporte de la política pública y la Nueva Gestión Pública a la gobernanza. En: XII Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Santo. Domingo, República Dominicana, 30 octubre a noviembre 02.
- Arandia Ledesma, Iván Carlos (2002, diciembre). Descentralización y relaciones intergubernamentales en Bolivia. En *Reflexión Política*, Año 4, No 8. Bucaramanga: Universidad Autónoma de Bucaramanga UNAB. Páginas 7-24.
- Awesti, Anil (2007). The European Union, New Institutionalism and Types of Multi-Level Governance. *Political perspectives EPRU*, Issue 2(8). University of Warwick. Page 1-23.
- Blanco, Ismael y Gomá, Ricard (2003). La crisis del modelo de gobierno tradicional. Reflexiones en torno a la *governance* participativa y de proximidad. En: Gestión y política pública, vol XII, no 1, I Semestre de 2003. México D.F.: Centro de Investigación y Docencia Económicas –CIDE-.

- Cancela Outeda, Celso (2006). Parlamentos regionales y gobernanza multinivel en la Unión Europea. Global Jean Monnet Conference. ECSA-world Conference. Brussels, 23-24 november. Documento electrónico, Base de Datos Biblioteca Central-Universidad de Antioquia. [Abril 03 de 2009].
- Cerrillo I Martínez, Agustí (2005). La gobernanza hoy: introducción. En: La gobernanza hoy: 10 textos de referencia. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Dür, Andreas y Mateo González, Emma (2004). ¿Más hombres ciegos y más elefantes? Una revisión de la literatura más reciente sobre la integración europea. Working paper No 233. Barcelona: Institut de Ciències Polítiques i Socials, Universitat Autònoma de Barcelona.
- García Morales, María Jesús; Montilla Martos, José Antonio y Arbós Marín, Xavier (2006). Las relaciones intergubernamentales en el estado autonómico. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Hooghe, Liesbet y Marks, Gary (2004). Gobernanza estatocéntrica y gobernanza multinivel. En: Morata, Francesc (Ed) (2004). Gobernanza multinivel en la Unión Europea. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Jordana, Jacint (2002a). La influencia de las relaciones intergubernamentales en los procesos de descentralización en América Latina. Este trabajo forma parte de una investigación sobre el desarrollo de las relaciones intergubernamentales en América Latina, en relación con las políticas sociales, realizada por el autor durante una estancia en el Instituto Interamericano de Desarrollo Social (Washington DC), en el marco de un programa de intercambio académico patrocinado por la Unión Europea. Consultado en el buscador Google en mayo de 2010.
- Jordana, Jacint (2002b). Documento De Trabajo: Relaciones intergubernamentales y descentralización en América Latina. Casos de Argentina y Bolivia. Proyecto Conjunto Indes Comunidad Europea. Washington: Banco Interamericano de Desarrollo.
- Jiménez, William, Ramírez, César y Roncancio, Patricia (2007). Gobernabilidad y gobernanza en la transformación de la acción pública. Propuesta teórica y estudio de caso. Bogotá: Grupo de Investigación Políticas Públicas y Gobernabilidad, Transformación de la Acción Pública, Escuela Superior de Administración Pública.
- Kooiman, Jan (2005). Gobernar en gobernanza. En: Cerrillo I Martínez, Agustí (Coord.) (2005). La gobernanza hoy: 10 textos de referencia. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Mayntz, Renate (2005). Nuevos desafíos de la teoría de la gobernanza. En: Cerrillo I Martínez, Agustí (Coord.) (2005). La gobernanza hoy: 10 textos de referencia. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Méndez, José Luis (1997). Estudio introductorio. Primera edición en español del libro "Para entender las relaciones intergubernamentales" de Deil S. Wright. México, D.F., Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C., Universidad Autónoma de Colima y Fondo de Cultura Económica.

- Morata, Francesc (2004b). Regiones y gobernanza multinivel en la Unión Europea. En: Morata, Francesc (Ed.) (2004). *Gobernanza multinivel en la Unión Europea*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Natera Peral, Antonio (2005, mayo-diciembre). La gobernanza como modo emergente de gobierno y gestión pública. En: *Revista Gestión y análisis de políticas públicas*, N° 33-34, mayo-diciembre. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública. Páginas 53-65.
- Peters, B. Guy (2003). *El nuevo institucionalismo. La teoría institucional en ciencia política*. Primera edición en español. Editorial Gedisa S.A.: Barcelona.
- Peters, B. Guy y Pierre, Jon (2005). ¿Por qué ahora el interés por la gobernanza?. En: Cerrillo I Martínez, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Peters, B. Guy y Pierre, Jon (2002). La gobernanza en niveles múltiples: ¿un pacto fáustico? En: *Revista Foro Internacional*, volumen 42, número 3, julio-septiembre. México D.F.: El Colegio de México.
- Prats Catalá, Joan (2005). Modos de gobernación de las sociedades globales. En: Cerrillo I Martínez, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Rey, Maximiliano (2009). *Federalismo y políticas públicas: el funcionamiento de los consejos federales en Argentina*. Versión preliminar sin autorización de citación para ponencia al Congreso de 2009 de la Asociación de Estudios Latinoamericanos, Rio de Janeiro, Brasil, 11-14 de junio de 2009. Documento electrónico [octubre 13 de 2010].
- Rhodes, R. A. (2005). La nueva gobernanza: gobernar sin gobierno. En: Cerrillo I Martínez, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Scharpf, Fritz (2005). Apuntes para una teoría del gobierno multinivel en Europa. En: Cerrillo I Martínez, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Shapiro, Martin (2005). Un derecho administrativo sin límites: reflexiones sobre el gobierno y la gobernanza. En: Cerrillo I Martínez, Agustí (Coord.) (2005). *La gobernanza hoy: 10 textos de referencia*. Madrid. Instituto Nacional de Administración Pública.
- Stoker, Gerry (1998). El "buen gobierno como teoría": cinco propuestas. En: *Revista Internacional de Ciencias Sociales*, N° 155, marzo de 1998. Artículo electrónico. Consultado en octubre de 2008 en <http://www.unesco.org/issj/rics155/titlepage155.html>.
- Vásquez Cárdenas, Ana Victoria (junio de 2010). El enfoque de la gobernanza en el estudio de las transformaciones de las políticas públicas: limitaciones, retos y oportunidades. En: *Revista Estudios de Derecho*, año 62, No 149. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia, páginas 243-260.
- Wright, Deil S. (1997). *Para entender las relaciones intergubernamentales*. México, D.F., Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, A.C., Universidad Autónoma de Colima y Fondo de Cultura Económica.



Título: Altamar  
Técnica: Acuarela  
Dimensión: 50 x 35 cm

***DECRETOS DE CORRECCIÓN  
DE YERROS O CÓMO LEGISLAR  
MEDIANTE UN DECRETO  
FORMALMENTE ADMINISTRATIVO\****

***ANÁLISIS DEL DECRETO 1736  
DE 2012 POR MEDIO DEL CUAL  
SE “CORRIGEN” YERROS AL CÓDIGO  
GENERAL DEL PROCESO  
(LEY 1564 DE 2012)***

\* El presente artículo nace de una investigación conjunta para efectos del curso Derecho Constitucional II y su profundización mediante la enseñanza de la clínica jurídica durante el curso de Derechos y Garantías, el cual fue introducido como apuesta teórica-práctica en el nuevo pensum versión 5.

Fecha de recepción: agosto 24 de 2013

Fecha de aprobación: octubre 25 de 2013

**DECRETOS DE CORRECCIÓN DE YERROS O CÓMO LEGISLAR MEDIANTE  
UN DECRETO FORMALMENTE ADMINISTRATIVO  
ANÁLISIS DEL DECRETO 1736 DE 2012 POR MEDIO DEL CUAL SE “CORRIGEN”  
YERROS AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (LEY 1564 DE 2012)**

*Julián Alberto Hincapié Restrepo  
Jhon Fredy Ríos Agudelo\*\**

**RESUMEN**

El análisis propuesto se centra en el estudio de una particular tipología de decretos, los decretos de corrección de yerros en abstracto. Su sustento teórico se halla en la necesidad de corregir los yerros en que pueda incurrir el legislador a la hora de expedir leyes, para facilitar su efectivo cumplimiento; siendo así la única finalidad del decreto, velar por la efectiva ejecución de la ley, lo que hace que su naturaleza jurídica sea de carácter administrativo y se encuentre subordinado a la ley. La jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Constitucional parece darle soporte a este tipo de decretos en el ordenamiento jurídico colombiano. Sin embargo, si se hace un análisis juicioso sobre las normas constitucionales y legales que respaldan la competencia para dictar dicha clase de decretos se podría arribar a la conclusión contraria. El análisis del Decreto 1736 de 2012 que “corrige” yerros al Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012) demuestra que los decretos de corrección de yerros en abstracto no tienen sustento. Por el contrario son utilizados para saltarse reservas constitucionales (art 150-2, 189-10), y legislar mediante decretos formalmente administrativos materias reservadas al legislador democrático (leyes-código).

**Palabras clave:** Decreto, competencia, yerro, administrativo, constitucionalidad.

**ACT OF CORRECTION OF MISDEEDS OR AS LEGISLATED BY A FORMALLY  
ADMINISTRATIVE ACT**

**ABSTRACT**

The proposed analysis is focused on the study of a particular typology of acts, act of correction of misdeeds in the abstract. Its theoretical support lies in the need to correct the misdeeds that may be incurred by the legislator at the time of issuing laws, to facilitate its effective implementation; so the only purpose of the Act, to ensure the effective implementation of the law, what makes their legal nature of an administrative nature and is subordinate to the law. Both the Council of State and the Constitutional Court jurisprudence seems to give support to this type of act in the Colombian legal system. However, if a judicious analysis on the constitutional and legal rules that support competition to dictate this kind of act he could arrive at the opposite conclusion. Analysis of the Act 1736 of 2012 “correcting” misdeeds to the General code of the process (law 1564 of 2012) shows that the acts of correcting mistakes in the abstract are not based hand are used to bypass constitutional reservations (art 150-2 , 189 -10), and legislate by decree formally administrative matters reserved to the democratic legislature ( law - code ) .

**Key words:** decrees, competence, err, administrative, constitutionality.

---

\*\* Estudiantes de quinto semestre de Derecho de la facultad de Derecho y Ciencias políticas de la Universidad de Antioquia. Correos electrónicos: jhonf\_rios@hotmail.com y julian\_8j@hotmail.com. Teléfonos: 3319669 y 5717862.

# **DECRETOS DE CORRECCIÓN DE YERROS O CÓMO LEGISLAR MEDIANTE UN DECRETO FORMALMENTE ADMINISTRATIVO**

## **ANÁLISIS DEL DECRETO 1736 DE 2012 POR MEDIO DEL CUAL SE “CORRIGEN” YERROS AL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO (LEY 1564 DE 2012).**

### **1. NATURALEZA JURÍDICA DECRETOS DE CORRECCIÓN DE YERROS**

**E**ntendemos que un yerro tipográfico es un error o discordancia entre el texto que se pretende imprimir y el que ya está impreso. En otras palabras, es un error mecánico que se presenta en el momento en que se marca el papel. Normalmente, estos se presentan en un error de referencia en el uso de artículos femeninos, masculinos o neutrales; o en la no indicación de elementos plurales, con la posibilidad de error de referencia y de enumeración de los artículos, numerales o incisos.

Los decretos de corrección de yerros tipográficos y caligráficos se justifican en la medida en que por medio de ellos se pueda facilitar una mejor y efectiva ejecución de la ley. Por lo tanto, su naturaleza es de tipo meramente administrativa, no tienen fuerza de ley, y se deben limitar solo a (corregir), sin modificar, ampliar, adicionar, debilitar ni suprimir por esa vía disposiciones que el legislador ha consagrado, pues como ya se ha dicho el único objeto de este tipo de decretos es lograr el cumplimiento y efectividad de la ley, y en este caso concreto poder facilitar el acceso de todos los ciudadanos a la administración de justicia.

Los decretos materialmente administrativos deben ser autorizados mediante la Constitución, y en el plano jerárquico se encuentran por debajo de las leyes de la república de donde también derivan su validez. La Constitución al proclamarse como norma de normas (Art 4) se sitúa jerárquicamente como fuente primaria de validez, es la regla de reconocimiento en el lenguaje hartiano, que permite reconocer la validez de la norma inferior, y así mismo sucede en los diferentes peldaños del sistema normativo, donde toda norma inferior deriva su validez de sus normas superiores. La

Corte Constitucional<sup>1</sup> lo ha precisado, afirmando que en el ordenamiento jurídico hay una jerarquía estratificada y que cualquier norma jurídica, independientemente de que haya sido expedida por el operador jurídico más modesto de la república, debe sujetarse a las normas superiores y en primer lugar a la Constitución.

Los ordenamientos jurídicos modernos tienen la cualidad de ser ellos mismos los reguladores de su proceso de producción normativa. Proceso que se lleva a cabo a través de las normas sobre producción normativa<sup>2</sup>

*“En sentido estricto, son normas sobre la producción jurídica solo aquellas que establecen qué órgano es competente para crear normas y con qué procedimiento deben ejercer tal competencia. En sentido amplio, sin embargo, se incluyen también entre las normas sobre la producción jurídica aquellas que predeterminan el contenido de las normas futuras.”* (Guastini, 1999, pág. 319)

Es así como toda norma, disposición o fuente normativa para ser válida requiere haber sido creada de conformidad con todas las normas que disciplinan su creación, tanto a aquellas que definen su competencia y el respectivo procedimiento, como a las que le definen su contenido (qué materias sí y qué materias no se pueden regular mediante dicha fuente).

Los decretos yerros se consideran actos administrativos propiamente dichos, cuyo único fin es la aplicación concreta de una ley para su efectivo cumplimiento. Este tipo de decreto en particular, consiste solo en corregir los errores caligráficos y tipográficos, existentes en la ley, con el fin de una correcta ejecución; sin embargo, esas correcciones tienen límites, y como se dijo anteriormente, su jerarquía es menor y se encuentran supeditados a la ley, por lo tanto debe enmarcarse dentro de la voluntad legislativa.

Así lo precisa Quinche Ramírez y Franky Urrego (2011, pág.219):

*“por tratarse de correcciones que se introducen sobre leyes (es decir, sobre normas expedidas por el Congreso de la República, fundadas en el ejercicio del principio democrático) por medio de decretos de contenido administrativo (es decir, por normas expedidas por el Presidente, que no tienen como fundamento el ejercicio del principio democrático, sino una potestad simplemente administrativa), el presidente lo único que puede hacer es ajustar remisiones normativas, sin que pueda*

---

1 Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-131 (1993),

2 Vale agregar que: todas las normas son de producción normativa, pues toda norma en mayor o menor grado, impone límites formales o materiales para la creación de una norma inferior.

*introducir enunciados gramaticales de ninguna clase, pues esto sería tanto como legislar o como interpretar las leyes de congreso por su cuenta”.*

Para esta actividad que lleva a cabo el Presidente de la República, se debe tener en cuenta la forma de redacción del texto, la correcta aplicación de la gramática española, además, de comparar el proyecto de ley discutido y el aprobado en el Congreso de la República, con el fin de hallar dicho error tipográfico en el texto aprobado. El objeto de la correspondiente comparación es el respeto a la voluntad del legislador.

## 2. COMPETENCIA PARA EXPEDIR EL DECRETO 1736 DE 2012

El Gobierno Nacional, justifica su competencia mediante el numeral 10 del artículo 189 de la Constitución Política:

**ARTÍCULO 189.** *Corresponde al Presidente de la República como Jefe de Estado, Jefe del Gobierno y Suprema Autoridad Administrativa: (...)*

*10. Promulgar las leyes, obedecerlas y velar por su estricto cumplimiento.*

Como también en el artículo 45 de la ley 4 de 1913.

**ARTÍCULO 45.** *Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador.*

Estas dos disposiciones normativas, “justifica”<sup>3</sup> la competencia del Presidente de la República para expedir dicho decretos, sin embargo, con la limitación de la voluntad del legislador.

La jurisprudencia del Consejo de Estado<sup>4</sup> y de la Corte Constitucional<sup>5</sup> han avalado la tesis de la competencia del Presidente de la República para expedir esta clase de decretos, haciendo una interpretación extensiva del artículo 45 de la ley 4 de 1913, ya que en la forma como se prescribe en su texto: *deberán ser modificados*

---

3 No estamos del todo de acuerdo, a pesar de la posición de la jurisprudencia, en que la competencia de corrección de yerros sea una competencia en abstracto atribuida al Presidente de la República, pensamos que la mejor interpretación del artículo 45 de la Ley 4 de 1913 es que la corrección de yerros se debe hacer en cada caso concreto por el respectivo funcionario encargado de dar aplicación a la ley. Pues el artículo reza así: *Los yerros caligráficos o tipográficos en las citas o referencias de unas leyes a otras no perjudicarán, y deberán ser modificados por los respectivos funcionarios, cuando no quede duda en cuanto a la voluntad del legislador*

4 Consejo de Estado, Radicación:11001-03-24-000-2001-0068-01 De Noviembre (2002).

5 Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-925 (2005)

por los respectivos funcionarios, no se da a entender quién es el competente específicamente, sin embargo, las dos altas cortes han precisado que el Presidente de la República es competente para realizar correcciones en abstracto.

Claro está, sin olvidar que dicha competencia debe estar delimitada, con el fin de que, a través de la potestad “correctora”, no se termine invadiendo el radio de acción de las demás ramas del poder público.

Como se ha visto, se aceptó la posibilidad de emitir decretos de corrección de yerros tipográficos y caligráficos al Presidente de la República por parte del Consejo de Estado, en la jurisprudencia señalada. Ahora, cabe preguntarse ¿es factible que dichos decretos se expidan para corregir leyes Código?

### 3. CORRECCIÓN LEYES-CÓDIGO

En general, el tema de qué tipo de leyes pueden ser objeto de reglamentación (y que tiene las mismas razones para extenderse a cuáles pueden ser objeto de corrección)<sup>6</sup> no ha sido una cuestión pacífica en Colombia ni tampoco de común acuerdo. La historia de la jurisprudencia del Consejo de Estado cuenta como en la decisión de la Sala de Negocios Generales del 25 de septiembre de 1944 se dio por sentado que no era competencia constitucional del Jefe de Estado reglamentar las leyes que versan sobre materia civil, penal, organización judicial y normas procesales en general, pues estas debían ser materia privativa de la ley, con el argumento de que la potestad reglamentaria solo puede limitarse a la ejecución de la ley y en cuanto al tema de códigos no cabe la ejecución de la ley por parte del gobierno sino la interpretación y aplicación por parte de las autoridades jurisdiccionales.

Unos años después la Corporación rechazó dicha tesis restrictiva y limitativa, aceptando que el Presidente se ocupara por vía reglamentaria de todo tipo de leyes, pues el ordinal 3° del artículo 120 de la Constitución de 1886 no establecía distinciones en relación con los códigos y a la jurisprudencia le estaba vedado hacer clasificaciones y consagrar diferencias que no hacía la Constitución. Así en la sentencia del 10 de octubre de 1962 reiteró lo anterior al indicar que “*el grado de reglamentación lo señala tácitamente y en cada caso el propio cuerpo legislativo. En la sentencia*

---

6 Como se ha venido sosteniendo, tanto la potestad reglamentaria como la potestad correctora, se encuentran supeditadas a ley, su único fin es facilitar su ejecución y efectivo cumplimiento; y por tanto, en ningún caso por medio de un decreto administrativo (reglamentario o corrector) pueden realizarse modificaciones, adiciones o supresiones que rebasen el marco normativo de la ley, para evitar así que por medio de un simple decreto, para el cual basta una firma, se cambie la voluntad legislativa que es el resultado de todo un proceso democrático, participativo y deliberativo.

del 24 de Mayo de 1973, el Consejo de Estado advirtió enfáticamente, que era reglamentable “en primer término y por definición constitucional, la ley, cualquiera ella sea, incluidos los códigos”. (Santofimio, 2004, pág. 161).

Todo esto bajo la luz de la Constitución de 1886, pero en el curso de nuestra actual Constitución de 1991, el Consejo de Estado<sup>7</sup> se pronunció al respecto y dejó claro que: los límites de la potestad reglamentaria están señalados en cada caso por la necesidad de reglamentación, si la ley suministra todos los elementos indispensables para su cumplimiento, no habrá nada que agregársele, es solo a su falta que se hace necesaria la potestad reglamentaria.

La cuestión a nuestro parecer no se ha resuelto satisfactoriamente, porque si se hace un juicioso análisis a la Constitución, podría llegarse a la conclusión de que la voluntad del constituyente fue que en la creación de leyes – código, el ejecutivo no interviniera, sino, que estas dieran luz a la vida jurídica solo por medio del proceso democrático, participativo y deliberativo que por antonomasia le corresponde a la ley. Y si el algún caso fuese necesario su reglamentación, esta se llevara a cabo por un órgano especializado, esto es, el Consejo Superior de la Judicatura. Veamos:

Artículo 150-10 versa sobre las facultades extraordinarias que el Congreso de la República puede conceder al Presidente de la República para que sea este último el legislador en determinadas materias. Aun así en cuanto al tema que nos atañe es enfático al prescribir en su último inciso: “*Estas facultades no se podrán conferir para expedir códigos, leyes estatutarias, orgánicas, ni las previstas en el numeral 20*”.

Artículo 257-3 versa sobre las competencias del Consejo Superior de la Judicatura: “*Dictar los reglamentos necesarios para el eficaz funcionamiento de la administración de justicia, (...) en los aspectos no previstos por el legislador.*”

Se niega así la competencia del ejecutivo para reglamentar leyes-código de aplicación judicial, ya que, el constituyente al decidir reservar ciertas materias como competencia indelegable del legislador, está dando a entender que su propósito es que dichas materias debido a su importancia y trascendencia, solo nazcan a la vida jurídica a partir del proceso de deliberación democrática. Y en este caso concreto prescribe que cuando fuese necesaria la reglamentación, el competente sería el Consejo Superior de la Judicatura.

Como se señaló en párrafos precedentes, el artículo 45 de la Ley 4 de 1913, presenta un problema de ambigüedad y de textura abierta, en el punto que reza “los *respectivos funcionarios*”. En este caso, no sería tan clara la competencia del Presidente

---

7 Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de febrero de 2000, C.P Javier Díaz Bueno, exp. S-7018

para emitir dichos decretos de corrección de yerros sobre la Ley 1564 de 2012, ya que es una ley código, y le correspondería ejercer la potestad reglamentaria, si fuese necesario, al Consejo Superior de la Judicatura o su precisión al Congreso de la República mediante una ley interpretativa (art 150-numeral 1-) *“Corresponde al Congreso hacer las leyes. Por medio de ellas ejerce las siguientes funciones: 1. Interpretar, reformar y derogar las leyes.”*

En resumen: la solución que proporciona la Constitución y además la interpretación que se desprende del artículo 45 de la Ley 4 de 1913 nos lleva a la conclusión de que la competencia de corrección de las leyes por yerros tipográficos y caligráficos, es una competencia en concreto y no en abstracto, atribuida a los respectivos funcionarios encargados de aplicar la ley al caso concreto y no al Presidente de la República para interpretar la ley en abstracto (función esta exclusiva y excluyente del Congreso de la República como lo prescribe el artículo 150-1 Constitucional).

#### 4. PARTICULARIDADES DEL DECRETO 1736 DE 2012

El Código General del Proceso se aprobó por el Congreso mediante la Ley 1564 de 2012. Durante ese proceso, los yerros de imprenta, transcripción y entendimiento fueron frecuentes. Debido a esto, el Congreso consideró pertinente realizar ajustes ortográficos, mecanográficos y aclaratorios de la interpretación de ese texto. Queda evidencia de ello en el Informe de Conciliación del 5 de junio de 2012 (Gaceta del Congreso No. 0317 de 2012). A pesar de dicha revisión, quedaron muchos yerros esparcidos a lo largo del texto. En este punto es cuando el ejecutivo decide “corregir” 18 errores importantes y expide el Decreto 1736 de 2012, ordenando que “deberá entenderse incorporado a la Ley 1564 del 12 de julio de 2012 (artículo 19) y además, el decreto “modifica en lo pertinente a la Ley 1564 del 12 de julio de 2012” (artículo 20).

Sin embargo, dichas correcciones que pretendían generar seguridad jurídica en el ordenamiento, terminaron siendo una modificación sustancial del texto aprobado según la voluntad del legislador; además, tras la citación de los artículos 19 y 20 del Decreto 1736 de 2012, hacen pensar que el ejecutivo, sin competencia alguna, ejerce una potestad legislativa.

Lo grave de la modificación de la Ley 1564 de 2012 -no es solo la clara violación de la separación de poderes y falta de competencia para emitir cierto tipos de normas- es la violación de los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración justicia, ya que esas modificaciones introducidas por el Decreto 1736 de 2012 confunde a los aplicadores y a los ciudadanos que pretendan ejercer de forma adecuada sus derechos constitucionales y legales.

A modo de ejemplo se cita un caso anterior donde ya había sucedido la situación que se quiere describir aquí:

<p>Artículo 9 del Decreto estatutario 2637 de 2004:</p> <p>Un conjuer designado por el Procurador General de la Nación, un conjuer designado por el <u>Contralor General de la República</u>, un tercer conjuer que será designado de común acuerdo por los dos conjuerces designados en la forma descrita</p>	<p><b>Artículo 3 del Decreto 2697 de 2004:</b></p> <p>Un conjuer designado por el Procurador General de la Nación, un conjuer designado por la <u>Corte Suprema de Justicia</u>, un tercer conjuer que será designado de común acuerdo por los dos conjuerces designados en la forma descrita.</p>
--	--

Es claro como el cambio fue totalmente sustancial, quitándole la competencia al Contralor General de la Republica para otorgársela a la Corte Suprema de Justicia, cambiando al sujeto titular de la competencia, con todo lo que esto puede significar en la práctica de un país como el nuestro donde se vivencia comúnmente el tráfico de influencias. Este abuso por suerte fue corregido por la Corte Constitucional en la Sentencia C -762 de 2005 (M.P Jaime Córdoba Triviño). La Corte para poder pronunciarse lo hizo con el argumento de que dicho decreto era materialmente legislativo pues cambia una norma que era de reserva legal, como una ley estatutaria. Pues cuanto a esto hay un gran conflicto, ya que el artículo constitucional 237-2 estipula como atribuciones del Consejo de Estado, la de conocer las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte constitucional, que son los materialmente legislativos.

A continuación se presentan las modificaciones más claramente violatorias de la voluntad del legislador en el presente caso.

<p>TEXTO APROBADO EN LA LEY 1564/2012</p>	<p>CORREGIDO EN EL DECRETO 1736/2012</p>
<p><b>Artículo 20. Competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia (...)</b></p> <p>9. De los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor.</p>	<p><b>Artículo 20. Competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia (...)</b></p> <p>9. De los procesos de <u>mayor cuantía</u> relacionados con el ejercicio de los derechos de los consumidores</p>

Frente al artículo 20 (competencia de los jueces civiles del circuito primera instancia) numeral 9, donde el decreto 1736 de 2012 modifica el texto, de la siguiente manera: “*De los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor*” a “*De los procesos de mayor cuantía relacionados con el ejercicio de los derechos de los consumidores*”, modificando con ello la competencia de conocer los casos de los procesos de los derechos del consumidor, en el primero se estipulaba un proceso de primera instancia llevada por un juez civil de circuito de primera instancia, ahora agregándole “mayor cuantía” restringe el acceso al juez civil de circuito.

Esto estaría extralimitando la potestad reglamentaria, ya que se está alterando la ley y a la vez, otorgando a los jueces competencias (que solo pueden ser objeto de una ley); cambiando el factor determinante de la competencia, ahora el juez civil de circuito de primera instancia no conocerá por la materia genérica de derechos del consumidor, sino por la cuantía del asunto. En este caso el decreto está excediéndose, está violando una reserva de ley propia del congreso, está extralimitando su competencia de un decreto administrativo en que solo se debe buscar la instrumentalización y la forma práctica de aplicar la ley. El Decreto de yerros solo debe corregir errores caligráficos, tipográficos en las citas o referencias de la ley, no modificar la ley con aras de cambiar las competencias de los funcionarios, esto le corresponde esencialmente al órgano legislativo, quien representa la voluntad general, y por voluntad del constituyente, se le confirió la competencia (reservada) para expedir leyes- código.

TEXTO APROBADO EN LA LEY 1564/2012	CORREGIDO EN EL DECRETO 1736/2012
<p><b>Artículo 18. Competencia de los jueces civiles municipales en primera instancia.</b></p> <p>Los jueces civiles municipales conocen en primera instancia:</p> <p>De los procesos contenciosos de menor cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria o de <b>responsabilidad médica</b>, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso-administrativa. También conocerán de los procesos contenciosos de menor cuantía por <b>responsabilidad médica</b>, de cualquier naturaleza y origen, sin consideración a las partes, salvo los que correspondan a la jurisdicción contenciosa administrativa.</p>	<p><b>Artículo 1º.</b> Corrija el inciso 1º del numeral 1 del artículo 18 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:</p> <p>“<b>Artículo 18. (...)</b></p> <p>1. De los procesos contenciosos de menor cuantía, incluso los originados en relaciones de naturaleza agraria, salvo los que correspondan a la jurisdicción contencioso administrativa</p>

Nótese que la corrección, es la supresión de la palabra responsabilidad médica del primer inciso, dado que en el segundo también se encontraba y dejarlo allí sería una notable redundancia. Sin embargo, en la facultad de corregir yerros, no cabe la competencia para suprimir ciertos elementos, como palabras o modificar títulos. Suponiendo que se actuó de buena fe y que solo se quería evitar la redundancia, en un Estado de Derecho hasta para corregir las torpezas hay que tener competencia, no basta la simple voluntad y en este caso el Presidente de la República no tiene ninguna competencia para suprimir enunciados proferidos por la voluntad legislativa.

Un verdadero ejemplo de corrección tipográfica o caligráfica sería cuando por medio de su artículo 7 corrige el numeral 1 del artículo 390 así:

<p><b>Artículo 390. Asuntos que comprende.</b></p> <p>Se tramitarán por el procedimiento verbal sumario los asuntos contenciosos de mínima cuantía, y los siguientes asuntos en consideración a su naturaleza:</p> <p>Controversias sobre propiedad horizontal de que tratan <u>el</u> artículo 18 y 58 de la Ley 675 de 2001.</p>	<p><b>Artículo 7°. Corríjase el numeral 1 del artículo 390 numeral 1 de la Ley 1564 de 2012, el cual quedará así:</b></p> <p>“<b>Artículo 390. (...)</b></p> <p>Controversias sobre propiedad horizontal de que tratan <b>los</b> artículos 18 y 58 de la Ley 675 de 2001.</p>
--	--

Nótese que aquí hay un verdadero error tipográfico cuando cambia “el” por “los”, ya que en realidad se hablaba de dos artículos y se debió referenciar en plural. Con todo lo que hemos visto hasta aquí, podríamos concluir que este decreto usa esta clase de excusas, que en la práctica no tienen mayor influencia, porque para eso se cuenta con jueces que pueden interpretar fácilmente que la referencia correcta debe ser en plural y no en singular (lo que no requiere mayor esfuerzo mental para nadie) para legislar tramposamente y cambiar la voluntad legislativa.

Lo que lleva a pensar muy seriamente que la voluntad del legislador plasmada en el artículo 45 de la Ley 4 de 1913 cuando estipula *deberán ser modificados por los respectivos funcionarios*, es precisamente esta que se acaba de ilustrar respecto a los jueces y que nunca se le hubiera pasado por la cabeza al legislador que después de un siglo se estuviera utilizando dicha norma para que el Presidente de la República se arrogue una competencia que no tiene y termine derogando mediante una “corrección” en abstracto (y no en concreto como sostenemos que es el supuesto que regula la norma) una ley y todo el proceso democrático que hay detrás de ella con una simple firma.

Pensamos, que esta clase de decretos son innecesarios aun cuando se actúa de buena fe, y pueden llegar a ser muy dañinos cuando se actúa de manera contraria, ya que 1) es inadmisibles que se cambie a decretazo limpio (para el cual basta una firma), una ley que debió ser aprobada mínimo en cuatro debates (dos en cada cámara) y en este caso hubo hasta comité de conciliación y 2) mientras el Consejo de Estado decide su nulidad (y sobre todo mediante cuál acción debe ser declarada, si mediante acción de simple nulidad (Sección Primera) o mediante acción de nulidad por inconstitucionalidad (Sala plena), esto puede producir todos los efectos jurídicos que se quiera.

Una de las disposiciones más alarmante de dicho decreto es cuando en su artículo 19 prescribe:

*El presente decreto debe entenderse incorporado a la ley 1564 del 12 de julio de 2012, “Por medio del cual se expide el Código General del proceso y se dictan otras disposiciones”.*

La interpretación de dicho artículo nos arroja a la deducción, gracias a la palabra “incorporado”, que el decreto 1736 de 2012, no es precisamente un decreto administrativo, sino un decreto que pretende tomar fuerza de ley, gracias a las modificaciones que anteceden al artículo 19, el ejecutivo ejerció una potestad legislativa que no tiene, pues debió sujetarse a la voluntad del órgano legislativo.

En la pirámide de jerarquía normativa, se entiende, que los decretos administrativos son de menor rango que la ley; sin embargo, este particular decreto ocupa el mismo lugar de una ley, en el momento que el ejecutivo decide incorporarlo a la ley. ¿A caso este acto es una vulneración a la separación de poderes? La respuesta es un sí, el órgano ejecutivo usurpó de manera flagrante la potestad legislativa del Congreso de la República, modificando y agregando elementos nuevos a una ley código, la cual debe ser modificada, en estricto sentido, por el órgano competente, o sea la rama legislativa.

Esta extralimitación de competencia en la que incurrió el ejecutivo en el dictado del Decreto 1736 de 2012, viola los artículos 1, 6, 83, 121, 123, 150-1, 150-2, 150-10, 157, 229 257-3 de la Constitución Política.

## 5. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL

Como se ha expuesto a lo largo de este texto lo que se vulnera principalmente con la extralimitación en sus funciones del Presidente de la República al dictar el Decreto 1736 de 2012 y modificar sustancialmente la Ley 1564 del mismo año,

es una serie de principios constitucionales bases del Estado Constitucional de Derecho. Tales como:

El Principio de la Separación de Poderes (cuando el Presidente de la República quiere interpretar con autoridad una ley de la República, y en este caso Ley-Código, función asignada expresamente y con reserva al Congreso de la República – art 150 numerales 1 y 10- superior). Como lo da a entender la sentencia T- 983A del 2004 de la Corte Constitucional, la existencia en Colombia de un modelo de delimitación funcional rigurosa, se hace con la finalidad de mantener a los órganos dentro de sus funciones respectivas limitados por la Constitución, buscando así un equilibrio entre cada órgano de poder. Sin embargo, dado que la delimitación de funciones superpuestas hacen que dicho principio se cumpla, como es el caso en análisis; dado que la expedición -bajo la rúbrica de la potestad reglamentaria- de un decreto de corte administrativo, como el decreto de corrección de yerros tipográficos y caligráficos 1736 de 2012, hacen una modificación sustancial a la Ley 1564 de 2012, lo cual es una competencia asignada al Congreso de la República, única y exclusiva como órgano representativo de la voluntad general, por lo tanto un reglamento por parte del Presidente de la República no es idóneo ni se le puede atribuir la fuerza normativa suficiente para modificar y derogar cualquier disposición que en dicha ley se contemple; por lo tanto, se aduce una violación de la separación de poderes por extralimitación de funciones del órgano ejecutivo.

El Principio Democrático- art 1º superior- (cuando el Presidente de la República modifica a decretazo limpio, para lo cual basta una simple firma, una ley creada por el legislador mediante un complejo de debates – art 157 superior- que comprenden todo un proceso democrático). Se desconocen los mandatos de la voluntad general, que se expresa no solo mediante las elecciones populares para integrar la rama legislativa, sino y sobre todo, mediante el proceso deliberativo (debate y discusión pública) que conlleva el proceso legislativo para la aprobación de una ley. Contrario, en el caso analizado, donde se observa un accionar del ejecutivo, que no solo transgredía el radio de acción del Congreso, sino que también expide actos que no le corresponden, burlando el proceso deliberativo y legislando mediante una simple firma (a decretazo limpio), retomando así una figura despótica, contraria a los principios del Estado Constitucional de Derecho.

El Principio Democrático es considerado uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano, y como tal se encuentra consagrado en el artículo 1.º de la Constitución. Esto quiere decir, como se fundamenta en la sentencia C- 971 de 2004 de la Corte Constitucional, que el ordenamiento jurídico, viene arraigado en valores y principios esenciales que fundamentan la Constitución. Por lo tanto, el Principio Democrático se inserta en el procedimiento legislativo,

que garantiza el ejercicio de la voluntad general por parte de la rama legislativa a la hora de expedir nuevas leyes. De igual forma, para defender este principio, la Constitución ha elaborado la prohibición de la delegación de la función legislativa para ciertas materias al ejecutivo.

Las leyes como la analizada (1564 de 2012), deben ser adoptadas dentro de un debate en el Congreso de la República, garantizando el debate democrático en el Estado de Derecho, y precisamente por ello, se hace indelegable dicha función. Por lo tanto, el Decreto 1736 de 2012, el cual modifica y deroga ciertos apartes de la Ley 1564 de 2012, realiza una flagrante violación del Principio Democrático a la hora asumir una actividad que es exclusiva del órgano legislativo como representante de la voluntad general.

El Principio de Legalidad –arts. 6 y 121 superiores– (las autoridades solo pueden realizar lo que expresamente la Constitución y la ley, y como se ha demostrado modificar una Ley-Código no es función del Presidente de la República),

El principio de Confianza Legítima –art 83 superior– (trae consigo la seguridad jurídica de que los mandatos de la ley son uno solo y no varios). Cuando un decreto dice incorporarse a la ley – ¿Qué puede hacer una persona para determinar el juez competente en un proceso que verse sobre derechos del consumidor, acudir al factor objetivo por materia como dice la ley o atender al factor objetivo por cuantía como dice el decreto yerros?

Así también como el principio de Supremacía constitucional –art 4 superior– (es una clara violación a todos sus mandatos ya citados y explicados anteriormente).

Además, lo que hace factible que en la práctica también se puedan violar derechos fundamentales como el debido proceso (art 29 superior): dada la existencia en el ordenamiento jurídico tanto de la ley como su decreto de corrección de yerros, donde las dos normas disponen diferentes condicionamientos sobre el acceso a la primera instancia en temas sobre los derechos al consumidor. El ciudadano no tiene la certeza de que disposiciones normativas se le aplicará, por lo tanto sin esta certeza jurídica no podrá ejercer una defensa eficaz, no tendrá la posibilidad de que sus pretensiones sean abordadas completamente, no conocerá efectivamente quien es su juez natural, en algunos casos.

Lo que obviamente también es una vulneración, afectación y restricción al derecho fundamental al acceso efectivo a la administración de justicia (art 229 superior)

Volviendo al Principio de la Seguridad jurídica, referente a las competencias, debe operar tal cual lo estipula la sentencia T-502 de 2002 de la Corte Constitucional, en la cual se contempla la certeza de las competencias de la administración, el legislador

y el juez, de forma tal que los ciudadanos no se sorprendan frente a cambios en las competencias. En el caso del Decreto 1736 de 2012, se hace una violación de este principio, cuando el decreto modifica ciertas competencias dentro de la ley, como por ejemplo, el caso de la modificación del artículo 20 de la Ley 1564 por el decreto:

TEXTO APROBADO EN LA LEY 1564/2012	CORREGIDO EN EL DECRETO 1736/2012
<b>Artículo 20. Competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia (...)</b> 9. De los procesos relacionados con el ejercicio de los derechos del consumidor.	<b>Artículo 20. Competencia de los jueces civiles del circuito en primera instancia (...)</b> 9. De los procesos de mayor cuantía relacionados con el ejercicio de los derechos de los consumidores.

En esta modificación, el ciudadano no podría tener plena certeza de que artículo se le aplicará respecto al caso en el ejercicio de los derechos del consumidor, si se aplica el decreto o la ley. La solución más aceptable es la no aplicación del decreto por vía de la excepción de inconstitucionalidad, con el fin de salvaguardar la supremacía de la Constitución y certeza del ordenamiento jurídico; y de igual forma, no vulnerar el debido proceso de los ciudadanos por esta inconsistencia entre la ley y el decreto.

Es deber de todo Juez de la República aplicar la excepción de inconstitucionalidad frente a cualquier norma que contrarié la Constitución (art 4º constitucional). Si bien, según la jurisprudencia los decretos presentan una presunción de legalidad (deben ser aplicados por los operadores jurídicos hasta que el Juez Contencioso Administrativo decida lo contrario y declare su nulidad), es diferente cuando dicho decreto contiene vicios de inconstitucionalidad, pues en este caso se aplica no una excepción de ilegalidad sino una excepción de inconstitucionalidad (y que como repetimos es deber de todo juez aplicarla).<sup>8</sup>

Como lo expresa Santofimio Gamboa: *“El texto constitucional ha de hacerse valer y prevalece sobre la preservación de normas de rango inferior. La función de la Constitución como determinante del contenido de las leyes o de cualquier otra norma jurídica impone (...) siempre armonía entre los preceptos constitucionales y las normas jurídicas de menor rango y si no la hay la Constitución Política de*

8 Corte Constitucional Colombia, Sentencia C 037 (2000)

*1991, ordena de manera categórica que se apliquen las disposiciones constitucionales (...)*"(2004, pág. 336)

Riccardo Guastini (1999, pág. 328), sostiene que la validez de toda norma dependerá de su conformidad con todas sus normas sobre la producción jurídica, en el momento en que se transgrede una de ellas será una norma existente pero inválida, como es el caso del Decreto 1736 de 2012, en el cual cumple con la fuente legal que es el artículo 45 de la ley 4 de 1913, pero no cumple con las condiciones constitucionales (norma superior) como los límites que tiene el órgano llamado a expedirlo, ni el contenido que debe llevar. Lo que como consecuencia lógica, llevará a que se retire del ordenamiento jurídico dicha norma que se encuentre viciada por la no adecuación con sus normas sobre producción jurídica, mediante control abstracto de constitucionalidad, o que se inaplique en cada caso concreto mediante el control difuso de constitucionalidad (excepción de inconstitucionalidad).

Todos los artículos mencionados, van conectados a la división expuesta por Guastini (1999,pág.234), para la cuestión concerniente a las normas sobre la producción jurídica, tales como: las normas que configuran una competencia normativa (art. 189-11 y 150-1,2), normas que regulan el ejercicio de una competencia normativa (art 157); normas que circunscriben el objeto de una competencia normativa (189-10); normas que reservan una competencia normativa (150-2 y 10); normas que limitan el posible contenido normativo de una competencia (art.150-10).

Es por tanto que debería ser declarada la nulidad por inconstitucionalidad del Decreto 1736 de 2012.

## **6. ACCIÓN APLICABLE AL DECRETO 1736 DE 2012**

La discusión sobre cuál debe ser la acción aplicable para la nulidad del Decreto 1736 de 2012, bajo la posibilidad de mera nulidad o nulidad por inconstitucionalidad, se debe a la naturaleza del decreto, dado que se toma como un decreto administrativo, por su desarrollo formal; sin embargo, en lo sustancial hay serios vistazos de un decreto legislativo, gracias a las modificaciones e incorporaciones a la ley, que no transgrede solo a la ley misma, sino a la Constitución, dada la violación y extralimitación de competencias por parte del Ejecutivo.

El acto propio de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, consiste en una confrontación directa del acto con la Constitución y no con otras disposiciones del ordenamiento jurídico. En el caso de la acción de mera nulidad, se da gracias a la formulación de cargos por ilegalidad. En el caso analizado, del decreto mencionado, encontramos una violación a la competencia otorgada constitucionalmente

al legislativo por parte del ejecutivo, en lo equivalente al ejercicio de la potestad legislativa.

Para Santofimio Gamboa, “*Es requisito constitucional básico para la procedencia de esta acción que los actos impugnados (sic) no correspondan al ejercicio de la función propiamente administrativa, porque si de esta se trata, la ley en un comentario es clara en determinar que los correspondientes actos administrativos estarán sujetos a las acciones ordinarias y no a la acción de nulidad por inconstitucionalidad, que es de carácter especial*” (2008, pág. 181). Sin embargo, en el decreto analizado, no es precisamente un ejercicio totalmente administrativo, como quedó demostrado a lo largo de este texto y además en el artículo 19 del mismo se puede ver como con la implementación del término “incorporar a la ley”, se da una clara muestra de un ejercicio de potestad legislativa, y no meramente del ejercicio de la potestad reglamentaria.

#### COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA ACCIÓN POR PARTE DEL CONSEJO DE ESTADO.

Dado que el decreto 1736 de 2012, debería ser un acto de administrativo, expedido por el Presidente de la República, la competencia recae sobre el máximo tribunal para los asuntos administrativos, el cual es el Consejo de Estado.

Su competencia radica en la Constitución, precisamente en el artículo 237-2, el cual reza:

**Artículo 237:** *son atribuciones del Consejo de Estado:*

Conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional.

Como se observa, el conocimiento por parte del Consejo de Estado, se debe al condicionamiento sobre el cual la Corte Constitucional no tenga competencia para conocer; por lo tanto, hay que constatar que en el artículo 241, no se encuentra dentro de la competencia de la Corte Constitucional, el conocimiento de este tipo de decretos, por lo tanto le corresponde al Consejo de Estado.

Ahora bien, en la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento y de lo Contencioso Administrativo) en el artículo 135, se establece la competencia para conocer por parte del Consejo de Estado, sobre acciones de nulidad por inconstitucionalidad.

**Artículo 135. Nulidad por inconstitucionalidad.** *Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya*

*revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución (...)*

Como la competencia se establece de modo genérico y no en especial a alguna de las salas del Consejo de Estado, la situación de falta de claridad constitucional y sobre todo jurisprudencial sobre el asunto, ha llevado a sostener al Consejo de Estado en la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, la adopción de un criterio operacional que le permite cumplir con su papel excepcional de juez de constitucionalidad (*Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 23 de julio de 1996. Exp. S-612 (3367), C. P.: Juan Alberto Polo Figueroa: “la distribución de competencia para el control de constitucionalidad de los decretos del Gobierno Nacional entre la Corte Constitucional y el Consejo de Estado, contenida en las normas transcritas, evidencia que la Constitución y la ley estatutaria mantienen inalterable la naturaleza de la jurisdicción de lo contencioso administrativo y el objeto de la misma.(...) La competencia que la Constitución otorga al Consejo de Estado para ‘desempeñar las funciones del tribunal supremo de lo Contencioso Administrativo’ en punto a decretos del Gobierno Nacional, está referida a aquellos dictados en ejercicio de la función administrativa, vale decir, a los que desarrollan o dan aplicación concreta a la ley, o condicionan la aplicación de una situación general preexistente a una persona determinada. El control jurisdiccional sobre estos decretos de índole eminentemente administrativa se ejercen mediante la ‘acción de nulidad’, consagrada en el artículo 84 CCA (este artículo es anterior a la ley 1437 de 2011), por motivos tanto de inconstitucionalidad como de ilegalidad. En ese orden de ideas, y por exclusión, las ‘acciones de nulidad’ atribuidas a la Sala Plena del Consejo de Estado por el artículo 237.2 C.N., son aquellas cuya conformidad con el ordenamiento jurídico se establecen mediante su confrontación directa de la Constitución Política. En cualquier otro caso, en la medida que el parangón deba realizarse inmediata frente o a través de normas de rango meramente legal, así pueda predicarse una posible inconstitucionalidad, que será inmediata, la vía para el control no puede ser otra que la acción de nulidad que por antonomasia es propia de la jurisdicción de lo contencioso administrativo).* (2004, pág. 183-184).

La falta de claridad se mantiene por la difícil determinación de la naturaleza jurídica de algunos decretos (como los de corrección de yerros que se estudian acá) y además porque cuando el legislador ha querido hacer una lista taxativa sobre cuáles decretos deben ser controlados mediante la acción de nulidad por inconstitucionalidad, la Corte Constitucional ha decidido declarar dicha lista inexecutable.

El artículo 49 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia rezaba así:

(...) la acción de nulidad por inconstitucionalidad se tramitará con sujeción al mismo procedimiento previsto para la acción de inexecuibilidad y podrá ejercitarse por cualquier ciudadano contra las siguientes clases de decretos: 1. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades constitucionales y con sujeción a leyes generales, cuadro o marco; 2. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que le confieren autorizaciones; 3. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de las leyes que confieren mandatos de intervención en la economía; y, 4. Los dictados por el Gobierno Nacional en ejercicio de facultades que directamente le atribuye la Constitución y sin sujeción a la ley previa'

*“La Corte Constitucional declaró inconstitucional esta numeración bajo el entendido de que el legislador estatutario estaba haciendo una enumeración taxativa de decretos que no se encuentran en la Constitución, por lo tanto acarreado la posibilidad de que algunos otros se quedaran por fuera de esta acción de control constitucional. Limitar de esa forma los alcances del numeral 2o del artículo 237 de la Carta es a todas luces inconstitucional”*<sup>9</sup>

Es decir, la identificación de la base material de la acción de nulidad por inconstitucionalidad prácticamente se la traslada la Corte al Consejo de Estado, en cada caso concreto de acuerdo a las características de cada decreto demandado, sin ofrecernos una solución verdaderamente satisfactoria sobre este conflicto. (2004, pág.182)

La Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996) establece como competencia de la Sala Plena del Consejo de Estado conocer de las acciones de nulidad por inconstitucionalidad:

ARTÍCULO 37. DE LA SALA PLENA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. La Sala Plena de lo Contencioso Administrativo tendrá las siguientes funciones especiales:

9. <Numeral modificado tácitamente por el artículo 33 de la Ley 446 de 1998, De las acciones de nulidad por inconstitucionalidad que se promuevan contra los Decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, que no correspondan a la Corte Constitucional, cuya inconformidad con el ordenamiento jurídico se establezca mediante confrontación directa con la Constitución Política y que no obedezca a función propiamente administrativa. (Subrayado por fuera del texto).

Finalmente, es pertinente observar el acuerdo 58 de 1999, precisando en el artículo 15, el cual reza:

---

9 Corte Constitucional Colombia, Sentencia 037 de 1996.

**ARTÍCULO 15. REPARTO Y TRÁMITE.** *Las demandas que se presenten en las acciones de nulidad por inconstitucionalidad de los decretos expedidos por el Gobierno Nacional, cuya competencia no corresponda a la Corte Constitucional ni a esta Corporación como Tribunal Supremo de lo Contencioso Administrativo, serán repartidas por el Presidente de la Corporación y su trámite y decisión corresponderá a las Secciones y a la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con las reglas que se determinan en los artículos siguientes.*

Este artículo nos hace observar el artículo 13 del mismo acuerdo, que reza sobre la distribución de los negocios dentro de las salas en el Consejo de Estado, en el cual se le otorga a la Sección Primera conocer los procesos de simple nulidad. Por lo tanto, *a contrario sensu*, la nulidad por inconstitucionalidad recaerá en la Sala Plena del Consejo de Estado; como lo estipula el artículo 12 del mismo acuerdo, en la cual se hace referencia a las competencias que a dicha Sala Plena se le otorgue de manera constitucional o legal, por lo tanto, se hace referencia al artículo 237-2 de la constitución y al ya citado artículo 37-numeral 9- de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia (Ley 270 de 1996).

Lo que se pretende demostrar, mediante esta acción (Acción de nulidad por inconstitucionalidad: Artículo 237- numeral 2- de la Constitución), es la extralimitación de la potestad reglamentaria por parte del Presidente de la República, dado que la reglamentación (corrección) del Código General del Proceso ha invadido la potestad legislativa, en una clara usurpación de competencia por parte del órgano ejecutivo, el cual, no solo hizo correcciones, sino también, modificó de forma sustancial el contenido de la ley, desconociendo la voluntad del legislador. Lo que hace que se cumplan los dos requisitos exigidos por la Sala Plena del Consejo de Estado para que proceda la acción de nulidad por inconstitucionalidad: 1.) Que su confrontación directa sea con la Constitución (cómo se mostró en el apartado anterior al citar los principios constitucionales y los derechos fundamentales vulnerados) y 2.) Que el decreto no sea meramente administrativo, esto es, que sustancialmente rebase la función administrativa de corregir la ley para su efectivo cumplimiento y termine modificando y derogando la ley. Esto es, legislando mediante un decreto formalmente administrativo, a “decretazo limpio”.

## BIBLIOGRAFÍA

- Guastini, R. Distinguiendo (1999). Estudios de teoría y metateoría del derecho. Barcelona, España: Gedisa
- Ibáñez Nájjar, J.E. (2003). “Alcance y límites de la potestad reguladora y reglamentaria. La división de las competencias existentes entre ley y el acto administrativo normativo, sea regulador o reglamentario.” En Vniversitas jurídicas N°106, Pág. 9-94

- Quinche Ramírez, M.F y Urrego Ortiz, F.(2008) Los decretos en el sistema normativo colombiano. Una política estatal de invención normativa. Bogotá D. C. Ediciones doctrina. En Vniversitas jurídicas N°116, Pág. 53-84
- Quinche Ramírez, M.F y Urrego Ortiz, F(2001). Los decretos presidenciales en el sistema normativo. Bogotá D.C: Ediciones doctrina y ley Ltda.,
- Santofimio Gamboa, J.O.(2004) Tratado de Derecho administrativo Tomo III, Bogotá D. C. Universidad Externado de Colombia.
- Santofimio Gamboa, J. O. (2003). Tratado de Derecho administrativo Tomo II, Bogotá D. C. Universidad Externado de Colombia. 2003

### **Jurisprudencia**

- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-500(2001).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C-925(2005).
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia C 037(2000).
- Consejo de Estado. Radicación: 11001-03-24-000-2001-0068-01 (6871) de noviembre (2002)
- Consejo de Estado. Radicación número: 11001-03-24-000-2000-6520-01 (6520) de mayo (2002).
- Consejo de Estado, Radicación: 11001-03-24-000-2001-00076-01 (6914) de enero (2004).
- Consejo de Estado, Radicación: 11001-03-24-000-2004-00332-01 (6914) de mayo de (2008).



## ESTUDIOS DE DERECHO



### Suscripción nacional

Nombre \_\_\_\_\_

Documento \_\_\_\_\_

Departamento \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_

Ciudad \_\_\_\_\_

Correo electrónico \_\_\_\_\_

Fecha de la suscripción \_\_\_\_\_

Firma del suscriptor \_\_\_\_\_

Consignación N° \_\_\_\_\_

Efectivo \_\_\_\_\_

### Consignación

Valor de la Suscripción anual \$20.000

Cuenta de ahorros BANCOLOMBIA **1053-722-9522**

A nombre de la Universidad de Antioquia

\* Para surtir el proceso de suscripción deberá enviarse este cupón  
al correo electrónico: [revistaestudiosdederecho@gmail.com](mailto:revistaestudiosdederecho@gmail.com)

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N.º 53-108, Bloque 14, Oficina 111

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: [rderecho@mitra.udea.edu.co](mailto:rderecho@mitra.udea.edu.co)

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/rev>

## ESTUDIOS DE DERECHO



### International subscription

Name \_\_\_\_\_  
Identification \_\_\_\_\_  
Country \_\_\_\_\_  
City \_\_\_\_\_  
Address \_\_\_\_\_  
Telephone number \_\_\_\_\_  
Postal code \_\_\_\_\_  
Email \_\_\_\_\_

#### Intermediary bank

Citibank New York.  
111 Wall street New York,  
N.Y. 10103  
ABA: 021000089  
Swift: Citius 33

#### Paying bank

Bancolombia Colombia  
Bank Count Citibank of New York:  
36006658  
Swift: Colocobm  
CHIPS UID: CH005211

### Deposit

Cost of the annual subscription USD \$30

Checking account BANCOLOMBIA Colombia **001-980040-25**

Universidad de Antioquia Nit: # 890.980.040

\*To accomplish the subscription process you have to send this checking account in an email to this address: [revistaestudiosdederecho@gmail.com](mailto:revistaestudiosdederecho@gmail.com)

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N° 53-108, Bloque 14, Oficina 111

Tels.: 219 58 55 – 219 88 67 - Fax: 219 58 75

Email: [rderecho@mitra.udea.edu.co](mailto:rderecho@mitra.udea.edu.co)

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



**Imprinta**  
**Universidad de Antioquia**

Teléfono: (574) 219 53 30. Telefax: (574) 219 50 13  
Correo electrónico: [imprinta@quimbaya.udea.edu.co](mailto:imprinta@quimbaya.udea.edu.co)  
Impreso en diciembre de 2013

