

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 LXXI —segunda época— Junio de 2014
Volumen LXXI, N.º 157

**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

ASISTENTES DE EDICIÓN

David Ignacio JARAMILLO GALEANO
Daniel Oswaldo MARTÍNEZ ÁLVAREZ

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 ésta una copia de la publicación

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

Valor del número sencillo en el país: \$10.000

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

© Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

ISSN 0120-1867

Estud. Derecho

Impreso y hecho en Colombia / Printed and made in Colombia

Diagramación, impresión y terminación: Imprenta Universidad de Antioquia.

AUTOR DE OBRAS EN SEPARATAS

Daniela Gallego Parra: Es técnica en diseño gráfico graduada del CESDE, estudia artes visuales en la Escuela Superior Tecnología de Artes Débora Arango. Participo en la exposición de cuatro esquinas en marzo del 2014 en la Sede alterna de la casa de la cultura de Envigado. Hizo parte del primer Salón de artistas Débora Arango, en el cual gano mención por su obra KAPAYO.

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

Página web:

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

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Imprenta Universidad de Antioquia

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

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

MISIÓN

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



**UNIVERSIDAD
DE ANTIOQUIA**

1 8 0 3

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

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 sólo 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 sólo 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 sólo 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 éste 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 sólo 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 sólo 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

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

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



ÍNDICE

EDITORIAL	17
Discursos que circularon en el saber y la práctica jurídica en los colegios y la universidad en Medellín, 1827-1901 <i>Patricia González Sánchez</i>	19-47
La conciliación una política pública de formación ciudadana. Estudio del periodo 2009 al 2011 en el centro de conciliación Luis Fernando Vélez Vélez <i>Paula Andrea Pérez Reyes</i>	49-72
Las modulaciones de contenido o sentencias manipulativas en la Corte Constitucional Colombiana. Una tipología mediada por la distinción entre enunciado normativo y norma <i>Kennier José Garay Herazo</i>	73-98
Historia del constitucionalismo en Colombia. Una introducción <i>Ricardo Zuluaga Gil</i>	99-129
Derecho a la salud y mercado. Casos Colombia y Latinoamérica <i>Jaime Gañán</i>	131-155
Posibles experiencias de democracia y ciudadanía activa en el siglo XXI <i>Gabriele Vestri</i>	157-182
Reestructuraciones como fenómenos de cambio de las entidades financieras en Colombia <i>Flavio Alberto Manjarrés Vargas</i>	183-210

El derecho a la propiedad: Locke y Kant, entre el trabajo y la ocupación <i>María Dolly Cuartas Henao</i>	211-233
Las órdenes de la Corte Constitucional: su papel y límites en la formulación de políticas públicas <i>Diego Armando Yáñez Meza</i>	235-268
El derecho de prelación de las comunidades negras en la explotación minera en el municipio de Condoto-Chocó <i>Lisneider Hinestroza Cuesta, Wanny Elizabeth Hinestroza Ramirez, Maisa Perea Zapata, María Leyla Granja Murillo</i>	269-282
Características del mercado de gas natural en Colombia: análisis de condiciones de libre competencia <i>Andrea Alarcón Peña</i>	283-306
Las zorras y los erizos frente a la democracia deliberativa <i>Guillermo Lariguet</i>	307-325
Exceso de ritual manifiesto en la jurisprudencia constitucional colombiana <i>Yolmara Alejandra Polanco Bustos</i>	327-350
¿Qué es la filosofía del derecho: sistema conceptual, forma de vida o metafilosofía? <i>Juan Pablo Posada Garcés</i>	351-369

EDITORIAL

GABRIEL GARCÍA MÁRQUEZ Y LOS ABOGADOS.

Con el fallecimiento de Gabo, perdemos una de los mayores escritores de la lengua española en todos los tiempos. Sobre eso ya mucho se ha dicho, lo que queremos es hacerle un reconocimiento desde esta Revista, por la cercanía que tuvo con el Derecho.

En 1947 Gabriel García Márquez inicia sus estudios de Derecho en la Universidad Nacional de Bogotá. Ese año tiene contacto con la obra de ese otro abogado que se llamó Franz Kafka, autor de la novela El Proceso, tan cercana e impactante para los abogados. Pero la obra que lo marcó fue La Metamorfosis que leyó estando en primero de derecho. Después de leer La Metamorfosis y a Gargantúa y Pantagruel, de Rabelais, según afirmó en una entrevista, supo que podía ser escritor, pues la desmesura de estas dos obras apuntan a las licencias que él necesitaba como escritor, quien iría a convertirse en modelo del realismo mágico: Gregorio Samsa, el personaje de la narración de Kafka, La Metamorfosis, amanece un día convertido en insecto. Los personajes Gargantúa y Pantagruel orinaban e inundaban el pueblo. García Márquez necesitó vivir este tipo de literatura para convencerse de que su espíritu de fabulador, o de gran embustero, como lo llamó su padre, era su veta literaria. En 1948, a raíz de los sucesos del 9 de abril, deja la ciudad de Bogotá y continúa sus estudios de derecho en la Universidad de Cartagena. Termina el segundo curso con muy buenas notas, a excepción de Derecho Romano que perdió con 2.0. Inicia el tercer año pero el periodismo ya lo había atrapado y las faltas de asistencia se vuelven constantes por lo que pierde varias materias. Al año siguiente intenta matricularse en cuarto y le informan que debe repetir tercero y hasta allí fue capaz. Quién iba a imaginarse la ventura de esta decisión. Qué tal García Márquez de magistrado, o como su modelo Kafka, de abogado en una compañía de seguros. O como Goethe de abogado litigante. En todo caso, no hay premios nobel para los abogados. Salimos ganando.

En otro escrito para esta Revista tuve oportunidad de señalar muchos de los escritores famosos que además fueron abogados. Ahora quiero aludir a algunos que empezaron los estudios de derecho pero los abandonaron por la literatura, entre ellos quiero mencionar a tres de nuestros escritores que incurrieron en este “pecado”: Eduardo Caballero Calderón afirma que abandonó sus estudios de derecho cuando un profesor le preguntó en clase, qué ocurría cuando un río que transcurría por entre dos propiedades se desbordaba y después volvía al cauce normal pero dejando una isla entre las dos propiedades. Gonzalo Arango dijo que se retiró del estudio de derecho por su manía de torcerlo todo. García Márquez en una entrevista

afirma que uno de los motivos (por supuesto que había otros serios) fue cuando el profesor de Bienes le preguntó si la energía era un bien mueble o inmueble.

Si hacemos caso a su amigo Daniel Samper, tenemos que repetir con este que nuestro premio Nobel tenía un abogado por dentro. Dice Daniel Samper (este sí abogado titulado) que García Márquez era un estudioso de la Constitución y que más de una vez lo vio esgrimirla en una pequeña edición. Esto le permitió hacer un escrito a manera de recomendaciones para los constituyentes del 91.

Ese abogado que llevaba y los estudios de Derecho que alcanzó a realizar, le ayudaron para escribir la Crónica de una muerte anunciada, basado en un expediente adelantado en la Guajira a raíz de un homicidio pasional allí ocurrido.

Como a Balzac, dos contratos lo persiguieron: el contrato de prenda o empeño y el de edición. El primero lo tuvo como parte en la primera etapa de su vida, cuando, como recurso de emergencia, empeñaba las joyas de su mujer. El segundo hasta el final de sus días, pues de ese contrato vivió: el contrato de edición. Con ocasión de este en una ocasión tuvo que contratar los servicios del actual ministro de justicia, Horacio Gómez Méndez, para que lo asistiera en la demanda que le formuló el personaje de la crónica Relato de un naufrago... por los derechos de autor. García Márquez se los cedió al marino Velasco en su primera edición en Español. Cuando la obra fue publicada en otros idiomas, Velasco le reclamó y lo demandó. El fallo favoreció al demandante en primera instancia pero la segunda instancia se desató a favor del escritor.

Dos asuntos quiero tocar para terminar este pequeño escrito sobre nuestro escritor y los abogados. El primero apunta a esa vocación de abogado reflejada en su inclinación por la defensa de los derechos humanos y los presos políticos. Tanto lo marcó esa época difícil que en nuestro país también se vivió, por supuesto que en menor escala que en los países del cono sur, de desconocimiento de los derechos humanos, actos de tortura, de desaparición, de detenciones prolongadas indebidamente, en fin, que impulsó la edición de una relación de hechos similares bajo el título de El libro negro de la represión. Lo irónico es que estuvo a punto de ser víctima del Estado represor y solo se salvó por los informes que recibió en el sentido de que iba a correr la misma suerte del poeta Vidales (las caballerizas de Usaquén) y se refugió en México. Era la época aciaga de Turbay Ayala y su ministro de defensa (ese sí de guerra) Camacho Leyva.

El otro tiene que ver con la visión que nos presenta en Cien años de soledad sobre algunos abogados. Esos hombres vestidos de negro que no escatimaban ningún recurso, legal o no, para defender a las empresas del banano. Esos abogados no leyeron a García Márquez. Leámoslo.



Título: Promesa

Técnica: Ilustración Digital

Año: 2013

***DISCURSOS QUE CIRCULARON
EN EL SABER Y LA PRÁCTICA
JURÍDICA EN LOS COLEGIOS
Y LA UNIVERSIDAD EN MEDELLÍN,
1827-1901****

* Este artículo es producto de la investigación doctoral terminada y titulada: “*Formación del saber jurídico en Medellín, 1827-1901*”.

Fecha de recepción: marzo 5 de 2014

Fecha de aprobación: mayo 29 de 2014

DISCURSOS QUE CIRCULARON EN EL SABER Y LA PRÁCTICA JURÍDICA EN LOS COLEGIOS Y LA UNIVERSIDAD EN MEDELLÍN, 1827-1901

*Patricia González Sánchez***

RESUMEN

El objeto de este artículo permitió identificar algunos discursos que circularon en el saber y la práctica jurídica en Medellín. Se logró la ubicación histórica de la modalidad enunciativa denominada discursos, de donde se muestran las prácticas discursivas en los colegios y la universidad. El periodo de tiempo estuvo entre 1827-1901, que comprende la creación de los estudios de Jurisprudencia en Medellín y los intentos de diferenciación entre los regímenes de colegio y universidad, por lo que la institución educativa recibió varias denominaciones y cumplió con los dos tipos de regímenes en su interior. Este devenir histórico muestra cómo diferentes discursos, institucionalizados o no institucionalizados, emergieron se relacionaron y se articularon con la labor educadora en el saber jurídico en Medellín.

Palabras clave: discursos saber jurídico; colegio y universidad en Medellín siglo XIX

DISCOURSES THAT CIRCULATED IN KNOWLEDGE AND LEGAL PRACTICE IN COLLEGES AND UNIVERSITIES IN MEDELLIN, 1827-1901.

ABSTRACT

The purpose of this article possible to identify other discourses that circulated in knowledge and legal practice in Medellín. The historical location of the enunciatively modality called discourses, where the discursive practices in schools and universities is was achieved. The period was between 1827-1901, including development studies in Medellin Court and attempts to differentiate between the college and university systems, so that the school received several denominations and met the two type's schemes within. This historical evolution shows how different discourses, institutionalized or not institutionalized, emerged and were articulated were associated with educational work in the legal knowledge in Medellín.

Keywords: speeches legal knowledge, college and university in Medellin nineteenth century.

** Investigadora principal. Profesora titular del programa de Derecho de la Universidad de Antioquia. Doctora en Historia. Dirección electrónica: derpgs@derecho.udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U de A: Calle 70 No. 52-21 Medellín, Colombia.

DISCURSOS QUE CIRCULARON EN EL SABER Y LA PRÁCTICA JURÍDICA EN LOS COLEGIOS Y LA UNIVERSIDAD EN MEDELLÍN, 1827-1901

INTRODUCCIÓN

El objeto de estudio de este artículo es identificar algunos discursos que circularon en el saber y la práctica jurídica en la institución educativa de Medellín que contó con dos regímenes educativos durante diferentes épocas, el de colegio o universidad. El periodo está comprendido entre los años de 1827-1901, desde la firma que el presidente y libertador Simón Bolívar efectuó del decreto de 12 de diciembre en 1827 que permitió la creación de los estudios de jurisprudencia en Antioquia; hasta el año 1901, cuando se puede ver la consolidación de la institución educativa con el nombre de Universidad de Antioquia.

Los sujetos formados en jurisprudencia inicialmente en el Colegio de Antioquia (1822-1832), Colegio Académico (1832-1851), Colegio provincial de Medellín (1851-1860), Colegio Estatal (1860-1871), Universidad de Antioquia (1871-1877), Colegio Central de la Universidad (1877-1886), Universidad de Antioquia (1886-1897), posteriormente, Colegio de Zea (1897-1901) y, definitivamente Universidad de Antioquia (1901) convivieron entre las diferentes posiciones políticas, económicas, educativas, sociales y de pensamiento que imperaban en el contexto nacional e internacional y que incidían en la naciente república. Es posible, desde la dispersión que se produce con las diferentes nociones sobre las instituciones educativas, sean colegios o universidad, ver cómo existen reglas de uniformidad en cuanto a la generación del saber y las prácticas jurídicas durante esta época.

En este artículo se asumió el saber jurídico institucionalizado como aquel donde circula y se apropia el saber por parte de los sujetos, y como aquel en el que se articulan discursos y prácticas discursivas donde primó lo enunciable sobre lo visible, por lo que se argumentó como legítimo y normatizado aquello que fuera avalado en los ámbitos institucionales con parámetros de aceptación, conservación y reproducción en relación con el saber jurídico. No obstante, la práctica discursiva del saber jurídico se determinó en el tiempo y el espacio, y sus particularidades mostraron las condiciones para ejercer la función enunciativa, o sea, el saber jurídico comportó su propia discursividad en el sentido de la organización de las instituciones

donde circulaba el saber, y en la forma de ver y decir derecho en esa época. Por lo que se privilegió la labor legislativa en la forma de ver y decir el saber jurídico, situación que permitió delimitar los discursos en las prácticas legales asignadas a los abogados y que mostraron las relaciones del sujeto con la generación de verdad.

Este texto se enfocó en el aspecto metodológico, en la modalidad enunciativa de los discursos que permiten ver la discontinuidad desde donde se habla y del contexto desde donde se habló. Es desde allí que el estudio de los enunciados es para mostrar cómo la repetición y la transformación están ligadas con los enunciados que le anteceden y le preceden, lo que permite dar cuenta del sujeto que los enunciaba y de las instituciones en los que circularon y se apropiaron.

Los discursos se encuentran dispersos históricamente en los diferentes registros y documentos como existencia acumulada en los que se imprimió la formación del saber jurídico, los cuales fueron creados teniendo en cuenta las diferentes miradas de los sujetos que intervinieron en su promulgación; teniendo presente la relación entre acontecimientos, articulaciones y transformaciones.

El saber jurídico lo formaron históricamente quienes detentaban el poder, estos se encargaron de crear realidades, necesidades y verdades; por lo que el saber se convirtió en la voz del poder que lo podía actualizar. En el campo jurídico no es posible determinar de forma fundada la unidad del discurso, porque este campo se encontraba atravesado por diferentes discursos, por lo que se debe describir el momento histórico en el que estos fueron enunciados y el tipo de institución en que circularon y se apropiaron. El archivo como materialidad discursiva, es desde donde se hizo visible la problemática, lo que permitió ver cómo emergió de los discursos la institución educativa en Medellín, fuera colegio o universidad, y se construyó una relación de sentido que está en el presente, planteando un problema para mostrar sus relaciones con el pasado. De esta forma, se analizaron esas diferentes relaciones por medio del concepto saber jurídico como profesión y práctica en los discursos.

En este texto, los documentos se relacionaron respetando la dispersión que le es propia, lo que permitió ubicar la formación del saber jurídico entre los años de 1827-1901 en diferentes discursos históricos. Por esto, el archivo comportó los límites para este escrito.

1. EDUCACIÓN JURÍDICA Y NORMATIVIDAD: LA CONSTITUCIÓN COMO BOTÍN DE GUERRA PARA LAS DIVERSAS FORMAS DE VER Y DECIR DERECHO EN LA REPÚBLICA.

El método de la escolástica en la enseñanza inicial en los colegios provinciales fue privilegiado, por esto, el hábito de la memoria acompañó la orientación de quienes

fueron los próceres de la independencia. Estos, imbuidos en la necesidad del orden, se inspiraron en lo divino como fuente generadora de leyes y mantuvieron con cierta complacencia que el clero administrara la enseñanza.

En los estudios de jurisprudencia, el derecho constitucional se concentró en la fijación de los principios y las formas de gobierno adecuados para conjurar los sucesos bélicos. Lo que les otorgó poderes y facultades a los dirigentes para estipular directrices expresas sobre los símbolos que afianzaban el orden. Los discursos legalistas y constitucionalistas estuvieron presentes en todos los niveles de formación y fueron la referencia para encontrar la libertad, el orden y la paz. Esta premisa se intentó materializar con la ley del 20 de junio de 1827 que restableció el imperio de la Constitución y las leyes de la República como medio para salvaguardar la integridad de los textos legales y constitucionales, imprimiéndole un halo de unificación legal a los sujetos abogados que no se consideraban regidos por una misma normatividad.

Las Constituciones políticas, como discursos sobre el orden, se consideraron portadoras de una nueva sociedad y de unos nuevos sujetos capaces de propiciar un pacto social. Por esto, constantemente estuvieron en la mira de los reformadores. Las revoluciones y la posibilidad de plantear una nueva Constitución debían conservar como precedente, que el derecho debía ceder ante el poder, en este sentido Miguel Antonio Caro (1871-1876) consideraba que el poder era peligroso pero si provenía de Dios, este se convertía en una propiedad sagrada.

En el momento de alcanzar la independencia y de intentar consolidar la República se hizo necesario replantear las leyes internas, pero la primera decisión que se tomó en la materia fue mantener las leyes españolas que estaban rigiendo. Esta situación llamó la atención del libertador Simón Bolívar quien había reconocido la necesidad de contar con una legislación adecuada y propia para las costumbres y necesidades de la República. Por su parte, el vicepresidente Francisco de Paula Santander, denominado el hombre de las leyes, defensor de los derechos de los ciudadanos y del honor nacional, se preocupó por la búsqueda legal de la justicia y el orden. Para el estudioso David Bushnell (1984) el objetivo del General fue: *“tener leyes para todos los casos imaginables”*.

Con estos postulados, la creación legislativa fue el discurso que incidió en la formación de los abogados, pero esto no era uniforme. La formación del saber jurídico en Medellín no fue ajena al conflicto entre los poderes políticos y religiosos que existieron en esa época. Esto muestra que los distintos bandos se preocupaban por los contenidos de los cursos y la forma de enseñarlos y de mantenerlos:

Cuál es el origen del derecho? Será la fuerza? Si, contestarían Neron, Napoleon i todos los tiranos que no han podido sostenerse sino con el ejército. No, respon-

derian Solon, Aristides i Sócrates. Será la mayor instruccion? No, responderán los ignorantes, i el sabio como tal responderá que no. Será el nacimiento? Si, gritaran todos los reyes i los nobles de sus cortes. No constestaran Danton, Robespierre, Bolivar, Santander... Entónces, cual es el oríjen del derecho?

Algunos han definido el derecho diciendo: que “es la facultad de exigir que otro ejecute, omita o tolere algun acto”. Pero quien dice facultad dice poder, i quien dice poder dice fuerza...habria que convenir en que la fuerza constituye el derecho, i habria que reconocer el derecho del más fuerte...

...¿Cuál es el oríjen de los derechos? Evidentemente que Dios, puesto que él es el oríjen de la justicia.... (El Pueblo, 14 de enero de 1859).

Fue la referencia continua a la Constitución y a la ley lo que proporcionó las bases para la codificación y brindó elementos educativos a quienes se formaron en la práctica del derecho. Ante las transformaciones en diferentes ámbitos de la vida republicana, las reformas no se hicieron esperar, se requería que cada vez se contara con más luces en la política, en las leyes y en la ciencia por parte de quienes estudiaban jurisprudencia. La Constitución fue determinada como una ley de carácter fundamental que contenía el pacto social para mantenerse libre y la representación no debía propugnar por un gobierno de un individuo perpetuo que pudiera menguar la libertad: “...*¡ Quiera el cielo... que concurriendo los senadores y representantes de los distintos ángulos de la República...arreglen...los caminos más sólidos de conservar la integridad de la República, de estender el imperio de las leyes y el reinado de la felicidad ...y de aniquilar por todas partes la anarquía, el despotismo y el desorden!*” (El Conductor, 1827).

Es posible que el discurso constitucionalista albergara el interés de abolir la revolución, y aunque fueron constantes las solicitudes de cambios al contrato solemne, se pensaba también que cada nueva promulgación estaba generando más orden y paz. Una condición fue que no se desconoció que la existencia de la República se debía a las constituciones, aunque no se descartaba que el texto estaba enmarcado por los errores del pasado, por la crueldad de la opresión, por el caos y por las crueldades de las guerras civiles. No obstante, el texto constitucional se vio como el determinante en la construcción de la justicia, sanador de los males, garante de la seguridad, avalista de la libertad de opinión, propiciador del goce de la propiedad y protector de la prosperidad en la industria.

2. ESTUDIOS JURÍDICOS CON LA OBRA DE JEREMÍAS BENTHAM: ENTRE LA CRÍTICA Y LA REFORMA DE LAS INSTITUCIONES.

Los discursos que circularon en el saber y la práctica jurídica emergieron en un centro de poder y saber que les permitió la formación de un sujeto abogado que

sería al mismo tiempo creador y reformador. El interés del General Santander en el sistema educativo se centró en consolidar una educación pública:

COLOMBIANOS. En los momentos en que las armas de la república os ganaban nuevos compatriotas, vuestros Representantes cuidaban de daros leyes capaces de consolidar vuestra libertad. La Constitución que el primer Magistrado de Colombia os ha presentado, como la expresión de vuestra voluntad, el origen de vuestra dicha. Este Código sagrado nos impone mutuas obligaciones: á vosotros os manda ciega sumisión á las leyes, respeto y obediencia á las autoridades, contribución á los gastos públicos, y prontitud para acudir al servicio y defensa de la Patria; á mí me ordena velar en la ejecución de las leyes, mantener la paz y tranquilidad interior, y conservar la independencia del Estado. Yo he jurado ante vuestros Representantes sacrificar mi honor y mi vida al cumplimiento de mis deberes; haced vosotros un juramento igual por los vuestros, y Colombia será una Nación libre, sabia, y poderosa. Colombianos! ...Las armas os han dado Independencia: las leyes os darán la libertad” (Palacio de Gobierno en Bogotá á 2 de Diciembre de 1821. FRANCISCO P. SANTANDER) (A.G.N. Sección República, 1828).

El General Santander no solo procuró la promulgación de las leyes para avanzar en el ramo de la instrucción, sino que también reguló el tipo de textos que debían ser tratados en los estudios superiores. Durante sus gobiernos insistió en la exploración de un sistema perfecto de leyes que fueran producto de la razón y que produjeran bienestar y felicidad. Estos baluartes los obtuvo de sus estudios de la obra del Jurisconsulto Jeremías Bentham. Este autor ocupó un sitio privilegiado en las escuelas de jurisprudencia, y su obra “Tratados de principio de legislación universal”, fue la más leída y estudiada en las instituciones educativas.

El énfasis de la obra se centró en el cálculo de la mayor utilidad o felicidad; o sea, el mayor placer y el mínimo dolor. No obstante, esta labor de homogeneización no podía desconocer la diversidad de sujetos en la República que contaban con preferencias individuales y que habitaban en diferentes condiciones históricas y geográficas. La referencia a la obra de Bentham, *Principios de legislación*, en relación con el principio de utilidad, precisó la importancia de que la felicidad pública fuera objeto del legislador. De allí que los razonamientos sobre la legislación debían comportar la utilidad general.

En síntesis, en la obra de Bentham se vio que el imperio del placer y del dolor se encontraba en todos los hombres y desde allí surgían las ideas, los juicios y las determinaciones de la vida. Puntualizándose que esos principios no estaban siempre en las consideraciones de quien legislaba, por esta razón, era menester de los legisladores la consulta de las leyes al pueblo. Aunque no se desconoce que Bentham fue un crítico radical de la ley natural:

...los autores la han tomado como si tuviera un sentido propio, como si hubiera un código de leyes naturales: apelan á estas leyes, las citan, las oponen literalmente a las leyes de los legisladores, y no perciben que estas leyes naturales son leyes de su invencion...que se ven reducidos á afirmar sin probar...sobre unas leyes imaginarias cada uno puede decir lo que le parezca, y las disputas son interminables...

Es imposible razonar con fanáticos armados de un derecho natural que cada uno entiende á su modo...

...el buscar la felicidad es ciertamente una inclinacion natural; pero ¿puede decirse que sea un derecho? Esto depende del modo de buscarla: el asesino busca su felicidad en un asesinato... (Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Bentham Jeremías (1828))

La referencia permanente a la ley como condición de libertad y orden implicaba que el poder legislativo tuviera restricciones. La primera era la elección del representante y la segunda, la publicidad de las actuaciones realizadas durante la vigencia de cada legislatura. Estos requisitos propiciaban la seguridad como uno de los objetos que componían la ley. Sin la una no era posible la otra. La seguridad legislativa dependía de la mirada de quien legislaba o de quien gobernaba, y los estudios de jurisprudencia dependían de la creación legal. Por esto, Bentham criticó que la educación profesional estuviera intervenida por la religión y sus ministros, y abogó por una enseñanza libre que podía incluir la abolición de las universidades, de los grados académicos y de los exámenes de acreditación. Los sujetos podrían optar por cualquier saber, pero lo que se debía criticar era el quehacer del sujeto, o sea, en el momento en que un abogado fuera considerado ignorante, tendría que ser rechazado por la comunidad. De esta forma, se impondría el lema: *“por su hacer sería conocido”*. El buen hacer daría la licencia al sujeto abogado para ser tenido en cuenta en su profesión, y obtener lo que necesitaba para vivir:

Habría sin duda abogados y médicos ignorantes; ¿pero que! ¿No los hay ahora á pesar de los grados, títulos y exámenes? Debe naturalmente haber muchos más, porque tienen un título que para los necios...cubre su ignorancia, y les da la seguridad de que no les falte el trabajo; en vez de que en mi sistema un abogado y un médico no pueden asegurar su subsistencia sino en su ciencia, y no en sus grados y pergaminos... (Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Bentham Jeremías (1828))

Preocupaba también el predominio de los tiempos y de los lugares en materia de legislación y el cómo se debía proceder para crear un cuerpo de leyes en un país y en una época determinada. Si lo que buscaba la ley era la prevención del mal, entonces la creación o trasplante de la ley debía tener en cuenta el principio de sensibilidad del pueblo al que se le dirigía la legislación, ya que lo que producía placer o pena

en una República no necesariamente lo producía en otra. Esto indicaba que la ley no siempre era perfecta aunque hubiera sido promulgada en el propio país donde se aplicaría, y se reconoció que cuando se asumían leyes que no habían sido creadas para la realidad de un país la imperfección era mayor.

La propuesta de Bentham llevada a los establecimientos educativos puntualizó un derecho eminentemente legislado y escrito. Se asumió la escritura como base del derecho ya que se consideró que no era posible pensar en una ley común que estuviera regida por el derecho natural y que implicara su no escritura, esto promovería y mantendría las decisiones caprichosas de quienes tenían el poder de juzgar. El derecho escrito se asumió como el único que podía brindar certeza y seguridad a la sociedad ya que ofrecía la posibilidad de reunir las leyes en un mismo cuerpo legislativo o codificación, y así, difundir en la profesión de la jurisprudencia que las leyes eran agradables de estudiar, de entender y de retener. De esta manera, se intentó asegurar que los interesados mostraran un mayor interés en su conocimiento.

Pero, ¿quiénes debían conocer todos los derechos, las obligaciones, los delitos y los servicios?, la respuesta se dirigió hacia aquellos sujetos que se habían formado para mantener el derecho y aplicarlo; pero ¿qué ocurre cuando hubiera sujetos que apenas conocían partes de la legislación?, la respuesta fue sencilla, éstos debían obediencia a los primeros.

Prácticamente la ley escrita se tomó como única, verdadera, legítima y válida, y en la que confluían el legislador y la expresión de su voluntad. La mayor crítica a la plenitud de la ley se argumentó con la imposibilidad de que una ley conociera de todo.

La ley se vio como la encargada de dirigir las conductas de los sujetos de forma concisa, breve y clara. Quienes creaban las leyes debían ser formados en gramática y lógica. Se buscaba la brevedad en los documentos legales para que fuera conocido y memorizado por los ciudadanos, esto fortaleció la idea de dividir el código general, en códigos particulares para que la medida cumpliera con su función.

Se consideró importante la fórmula sobre la brevedad y la claridad en las leyes, de esta manera, la voluntad del legislador podía entrar en el espíritu de los ciudadanos para evitar que surgiera en la legislación lo ininteligible, lo equívoco, lo difuso y lo escueto. Una ley era más sabia en cuanto menos ciencia se necesita para entenderla; pero si esto fuera así, y las leyes fueran tan familiares como cualquier otro libro, implicaría que no habría necesidad de tener escuelas de derecho para tratar de explicarlas, ni catedráticos que la comentaran, ni glosarios en las leyes y códigos. En el momento de analizar la obra legisladora se encontraba confusión, arbitrariedad, poca conexión y nomenclaturas confusas, que unidas, mostraban el por qué debían existir claustros educativos para que los sujetos se profesionalizaran en legislación.

Unido al estudio de las leyes, está el sujeto abogado. Pero ¿cómo debía ser el sujeto que debía enunciar la profesión jurídica? Desde la práctica el sujeto debía exponer su trabajo y mostrar su real intervención en el saber y en la sociedad. Esta premisa le brindó al derecho su notoriedad social y generó un marcado interés de las familias y los jóvenes por concentrarse en su estudio.

En la obra de Bentham (1828) se nota un interés mayor por los sujetos abogados; pero esto no fue óbice para que el autor con sus postulados teóricos realizara un reto a la educación y a la formación del abogado. Argumentó que unas buenas leyes permitirían que el ciudadano pudiera dirigir y defender su causa sin requerir de un abogado, y con esta postura, se arguyó que la presencia del abogado se mostraba como una falla en el sistema jurídico. Esto no era fácil de solucionar en la práctica debido a que la legislación, como fuente de creación del derecho, en la mayoría de los casos se tornaba oscura y complicada, y no se contaba con una labor de compilación de jurisprudencia como guía. Estas condiciones de posibilidad generaban en la sociedad la sensación de requerir un abogado que los representara en sus pleitos.

Pero ¿Qué ocurría con el juez quien era el encargado de dirimir las controversias?, en este caso, la sabiduría de quien se formaba para ser juez era de importancia en cuanto le tocaba tomar la legislación como una ciencia, fue por medio del litigio donde el juez podía comprobar la fuerza y la debilidad de las leyes. Es posible que el administrador de justicia, en este caso, se convirtiera en la mano derecha del legislador.

3. EL LIBERTADOR BOLÍVAR vs LA OBRA DE BENTHAM.

El libertador Simón Bolívar declaró inconveniente como guía en los cursos programados en el saber jurídico, la obra de Jeremías Bentham, a raíz de las continuas quejas sobre el sentido de la misma; por lo que sancionó el decreto de 12 de Marzo de 1828 restringiendo el uso de la obra en todos los planes de estudio de jurisprudencia. Manifestó el Libertador que en caso de no existir una obra elemental adecuada para la temática los profesores debían programar un nuevo curso que pudiera cubrir el faltante teórico e incluso, propuso que se escribieran obras que pudieran ser publicadas por las universidades.

A raíz del movimiento revolucionario del 25 de septiembre de 1828 contra el Presidente y Libertador Bolívar, su Ministro José Manuel Restrepo fue comisionado para expedir la Circular del 20 de octubre de 1828, en la que consideró que los sucesos ocurridos en contra del libertador y presidente fueron producto de la corrupción, los vicios y la inmoralidad notable de los jóvenes. Puntualizó que una razón era que

los estudiantes al iniciar la profesión de jurisprudencia se enfrentan solos a la obra de Jeremías Bentham, por lo que argumentó que eran necesarios *“los medios que pudieran emplearse para conservar puras la moral y las costumbres de la juventud, y para preservarla del veneno mortal de los libros impíos, irreligiosos y obscenos que hacen tantos estragos en su moralidad y conducta”* (Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Fondo: Codificación Nacional (1828)).

Esta situación radical originó la discusión sobre el por qué la obra de Bentham y su principio sobre el utilitarismo había sido considerada como completa, metódica y clara sobre la ciencia de la legislación en la República. Para conjurar la dificultad se promulgó el decreto del 26 de octubre de 1830 para uniformar los estudios de derecho en todos los establecimientos educativos para que fueran rectos, sanos, religiosos y con moral pública.

No obstante, el efecto sobre la prohibición de estudiar la obra de Bentham fue precisamente el contrario. Es decir, se decidió recomendar a los profesores que mostraran a los estudiantes desde las aulas los errores de la obra para demostrar su falsedad. Pero se presentó una dificultad, si una obra no resultaba ser tachada por falsa, inmediatamente ponía al descubierto que existía otro tipo de preocupaciones, y los sujetos tendían a acercarse más a los postulados que se consideraban prohibidos.

A propósito, y ante la posición radical del presidente Bolívar en relación con las obras de Bentham, este jurista resolvió pronunciarse por medio de una carta sobre la situación que se vivía en la República y dio claridad sobre su postura:

...Ahora es preciso que yo hable...del Jeneral Santander...En el Estado de Colombia, antes América Española, i en la carrera militar, es uno de los héroes que no ha tenido por superior sino á Bolivar en la carrera civil, i bajo la Presidencia de Bolivar, ha sido Vicepresidente...habiendo caido en desgracia... ha sido expulsado de su pais del mismo modo que mis obras, que han tenido el honor, de ser traducidas dos veces...

El Jeneral Santander, lo sé por él, i por otros conductos, cuando ejercia las funciones de Vicepresidente, hizo cuanto dependia de él por difundir mis escritos en el territorio del Estado de que es miembro tan distinguido i de tanta influencia. Así obró Bolivar con relacion á ellos hasta ahora poco. Mas, últimamente, como es natural al hombre i en cierto grado mas ó menos inevitable, Bolivar ha sido echado á perder por el poder, i despues de haber...merecido el título que tomó de Libertador, se ha convertido despues en tirano de su patria.... Pero parece que durante el curso de la oposicion que él experimentó, algunas personas apoyaban para ello, ó citaban mis escritos; i tal fué la causa porque él juzgó á propósito expedir un decreto, poco hace, cuyo objeto declara, era impedir que ninguno de ellos fuera leído. I esto es lo que yo me lisonjeo que no será tan fácil efectuar, como ordenar, porque tengo noticia...de cuarenta mil volúmenes de mis obras traducidas de francés al español, i vendidas por

ellos para el mercado de la América Española...(carta de 9 de julio de 1830)
(Constitucional de Cundinamarca, 1832, número 59).

En el año de 1830 acaeció la muerte del libertador Simón Bolívar. En ese entonces, Santander consideró que la Nueva Granada disfrutaba de paz y tranquilidad debido a la protección que le proporcionaban las leyes y la Constitución. Por lo que tomó la decisión de restablecer, por medio de la ley del 29 mayo de 1835, la enseñanza del derecho teniendo en cuenta la obra del jurisconsulto Bentham. Esta decisión la argumentó en el sentido de que el gobierno mantendría la vigilancia en el plan de estudios para la formación de los futuros abogados y resaltó como necesaria la discusión crítica de los intelectuales para mostrar las diferentes posiciones entre la defensa y la acusación de la obra:

...Este es el principio atacado por inmoral, que se tiene por peligroso, que tanto ha escandalizado, i que Bentham llama de utilidad...

Es una impostura, una falsa imputacion de mala fé ó por mala intelijencia la que se hace á Bentham, al decir, que segun su principio el individuo ajente, para saber si le es ó no conveniente una accion, no tiene que consultar sino su propio bien, es decir, los placeres que á él le resultan; es falso, es una calumnia, no ha dicho tal cosa, ni nunca ha aplicado de esa manera su principio. Los que entienden de esa manera, es ó porque no quieren ó no les conviene entender de otro modo...entre los medios de buscar las verdades morales i lejislativas, merece la preferencia el principio de la utilidad, porque él, poniendo por delante todos los resultados de nuestras acciones, hábitos ó leyes, nos manifiestan los males que sufriremos, ó los bienes que gozaremos si hacemos ó dejamos de hacer ciertas acciones; él no...impone deberes, no dice, no os embriagueis, sino que obra sobre nuestra voluntad mostrándonos los males que resultarán para nosotros, para nuestra familia i para la sociedad... al hombre se le gobierna mas fácilmente convenciendolo... (Constitucional de Cundinamarca, 1836, número 225).

A pesar de los argumentos de Santander a favor de la obra de Bentham, las discusiones en el ámbito familiar se activaron, por lo que el presidente promulgó el 15 de octubre de 1835 una normativa en la que reconoció las molestias que generaba el estudio de la obra, y enfatizó en la aplicación del artículo 229 del Plan General de Estudios; puntualizó que el estudio de la obra de Bentham estaría presente hasta que se pudiera contar con otro autor para la enseñanza de los principios de legislación universal y planteó, de nuevo, la posibilidad de que los catedráticos de la República explicaran a los jóvenes los errores que contenía la obra, y cómo estos debían ser tenidos en cuenta para el ejercicio de la profesión de abogado: *“Los autores designados para la enseñanza, no se deben agotar ciegamente por los profesores en todas sus partes. Si alguno o algunos tuviesen doctrinas contrarias a la Religion, á la moral y á la tranquilidad publica...los catedraticos deben omitir*

la enseñanza de tales doctrinas, suprimiendo los capítulos que los contrarian, y manifestando á sus alumnos los errores...” (A.G.N. Sección República. Fondo Ministerio de Instrucción Pública, 1837).

Por lo que se ve, no existían obras completas para la enseñanza del derecho en la República. Fue así que durante los años posteriores a 1835 se continuó asistiendo a una confrontación entre diferentes bandos sobre la obra de Bentham. Se puso en duda las razones que esgrimía la Iglesia para rechazar la obra, e incluso, se insinuó que la responsabilidad sobre ellas dependía del tipo de institución que la realizaba, fuera privada con orientación eclesiástica o por razones públicas:

¿De qué otra parte de la república de la Nueva Granada se ha solicitado hasta hoi que se suprima absolutamente la enseñanza por Bentham? ¡Que! ¿solo en esta capital hai padres de familias timoratos i ansiosos de que sus hijos aprendan las ciencias, sin ultraje de la relijion de Jesucristo i de la moral? ¿solo aqui hai hombres ilustrados que comprendan que Bentham es dañino? ¿hasta cuando queremos persuadirnos de que el pueblo granadino no está encerrado en Bogotá, ni de que en la Nueva Granada solo existen los colejos de San Bartolomé i del Rosario?... (Constitucional de Cundinamarca, 1835, número 219).

El lenguaje jurídico continuó impregnado con el lenguaje estudiado en la obra de Bentham, incluso, la voluntad del pueblo se manifestaba en la capacidad de elegir a sus representantes como aquellos a quienes se les había confiado la promulgación de las leyes, y sus parámetros fueron los postulados por la teoría utilitarista.

4. LA MIRADA DEL ADMINISTRADOR: INFORMES ADMINISTRATIVOS PARA LAS LEGISLATURAS SOBRE EL RAMO DE LA EDUCACIÓN.

Una de las tareas para los administradores en el territorio de la República consistía en elaborar un informe en cada legislatura sobre las circunstancias que se presentaban en materia de orden, economía, educación y vías de comunicación. Por lo que durante cada periodo legislativo quienes representaban al pueblo, evaluaban su gestión y comenzaban su labor de legislar con base en las necesidades que la sociedad ponía a su consideración.

Durante varios años la intervención de los administradores se realizó con el fin de promover las leyes que favorecieran los diversos intereses que existían en el campo educativo, lo cual permitió observar diferentes formas de ver y decir lo educativo:

1. En el año 1836, el Gobernador de Antioquia Francisco Obregón, informó sobre los parámetros del principio de utilidad para tratar de proteger la obra del

- jurisconsulto Jeremías Bentham: “*Se habló, se predicó, se escribió contra las obras clásicas de Bentham...se calumnió ... se insultó i se colmó de improprios á los profesores que enseñaron sus doctrinas; i se llamó impio i ateista al gobierno que lo permitia...*” (Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia, 1836).
2. En el año 1839, el Gobernador de Antioquia Francisco Obregón, informó a la Cámara de la provincia sobre el régimen político en materia de orden y seguridad en Antioquia, y consideró que “*las costumbres dulces*” de este pueblo estaban anulando las posibles alteraciones políticas que se pudieran presentar. Y en materia de instrucción pública le preocupaba la pobreza del Colegio y la dificultad para su sostenibilidad. Abogó por la posibilidad de avanzar en la educación primaria más que en la profesional.
 3. En el año 1843, el Gobernador de Antioquia, el señor Juan María Gómez, mostró su preocupación por el aspecto físico del Colegio Académico, y solicitó que fueran suspendidas las clases para cerrar el edificio y realizar las reparaciones adecuadas. Además, manifestó que las rentas del colegio eran muy pocas para compensar las luces de los profesores que vendrían del extranjero (Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia, 1843).
 4. En el año 1852, el Gobernador de Medellín Doctor José María Facio Lince, expuso las difíciles condiciones en las que quedaba el Colegio Provincial cada vez que era ocupado por las tropas, y se preocupó de la situación de las plagas y los bichos, que como el comején, habían arruinado los bienes muebles de la institución. Además, mostró su descontento por la situación económica de los profesores en la provincia, a lo que llamo “condiciones de vida calamitosas” debido a que la ocupación laboral en el ramo de la instrucción pública estaba mal remunerada: “*...Será acaso por la idea de que “para dedicarse a tan delicado ministerio basta no tener otra cosa en que ocuparse” ... No es posible, Señores, sinó por escepciones de puro patriotismo, que un hombre intelijente se consagre todo un mes a enseñar dos o tres materias diferentes, i a estudiar; porque para enseñar bien siempre es necesario hacerlo...*” (Colección Antioquia, 1852).
 5. En el año 1855, el señor Venancio Restrepo como Gobernador de Medellín, manifestó su interés en avanzar en los saberes útiles como la minería y la agricultura, los cuales honrarían los individuos y la riqueza en la República (A.H.A. El Constitucional de Medellín, 1855). Sin embargo, no desconoció que la revolución afectaba la educación debido a destrucción de los laboratorios, lo que impedía la enseñanza práctica a los estudiantes e imposibilitaba el avance de las ciencias útiles en la República.

6. En el año 1857, el Gobernador del Estado, el señor Rafael María Giraldo, manifestó su posición sobre la enseñanza pública, y la ubicó como uno de los ramos más importantes para la prosperidad de la República y con la que se obtendría el progreso moral e intelectual que requería la República (A.H.A. Constitucional de Antioquia. Nueva Granada, 1857, número 129).
7. En el año 1857, el Secretario de Gobierno José de la C. Restrepo presentó un informe sobre la instrucción pública y mostró las condiciones del Colegio del Estado. Argumentó que en la República no se contara con instituciones de educación para niñas: *“Por lo jeneral las jóvenes antioqueñas, segun su fortuna, crecen en el tocador o en la cocina: extremos perjudiciales ámbos; pero mucho mas el primero. Así es que los matrimonios cada dia se hacen mas raros, porque los jóvenes temen unir su suerte a la de una cocinera o de una muñeca.”* (A.H.A. Constitucional de Antioquia. Nueva Granada, 1857, número 128).
8. En el año 1863, el Gobernador del Estado, el señor A. Mendoza informó sobre la apertura de los estudios en el Colegio del Estado. Consideró importante tener un sistema educativo homogéneo y la participación de los padres de familia en el apoyo económico para el sostenimiento de la institución: *“Si se hace un esfuerzo i se provee el Colejio de fondos suficientes, de modo que los Superiores i catedráticos estén bien compensados, habrá entónces alicientes para consagrarse al estudio i trabajo, i razon para remover i exigir la responsabilidad a los preceptores que descuidan sus deberes”.* (A.H.A. Crónica Oficial. Estados Unidos de Colombia – Estado Soberano de Antioquia, 1863).
9. En el año 1865, el Gobernador del Estado Soberano de Antioquia, doctor Pedro Justo Berrío, presentó a la legislatura un informe en el que hizo alarde de la importancia del sistema federativo, y manifestó que esa forma de gobierno era posible en tanto se avanzara en la ilustración, y consideró que era necesario mantener la institución educativa. Además, declaró que aunque la educación estaba un tanto descuidada por los padres de familia, también era vista como la encargada de lograr grandes avances en Antioquia.
10. En el año 1869, el presidente del Estado de Antioquia, doctor Pedro Justo Berrio, consideró que la Constitución de 1863 había sido el producto del desenlace de las situaciones que se presentaron en la guerra de 1860 en la que se pretendió perfeccionar el sistema federativo y asegurar la paz en la República; y manifestó que la educación era la base para alcanzar los fines propuestos, y se lamentó de la situación de desorden y desorganización en que se encontraba el Colegio del Estado.
11. En el año 1873, el Presidente de la legislatura del Estado Soberano de Antioquia, doctor Pedro Justo Berrío, pronunció un discurso sobre la importancia de

avanzar en la educación para el pueblo y recordó que esa labor le concernía al Gobierno, y no era posible esperar a que fuera asumida sólo por los particulares. Resaltó que el pueblo era proclive a los especuladores cuando sus habitantes no sabían leer, escribir y contar; cuando no se detallaban algunas reglas de economía; y cuando estaba alejado de la religión y la moral.

Consideró que la Universidad de Antioquia era la llamada a formar hombres competentes que pudieran regir los destinos del Estado. Los jóvenes que querían realizar sus estudios en ese establecimiento podían encontrar los cursos necesarios para alcanzar la profesión elegida, y alabó que en el momento se contara con profesores inteligentes, consagrados a la institución y a sus cursos. Estas situaciones favorecían los resultados en los exámenes presentados por los estudiantes.

12. En el año 1875, el Presidente del Estado de Antioquia, Recaredo de Villa, envió un mensaje a la legislatura aduciendo la reforma de los estudios en la Universidad de Antioquia que había ascendido a la categoría de establecimiento profesional y estaba concentrada en las siguientes escuelas: Literatura y Filosofía, Jurisprudencia y Ciencias Políticas, Medicina, Ciencias Físicas y naturales, Ingeniería y Artes y Oficios. Por lo que consideró un éxito la creación de la oficina de textos para proveer la adquisición de los libros necesarios para el aprendizaje.

Argumentó que la educación militar continuaba siendo un factor determinante ya no solo con el interés de contar con sujetos instruidos en las armas que defendieran el territorio, sino que comenzó a verse como una posibilidad para el avance en el progreso del Estado: *“con el fin de procurar que dentro de poco tengamos no sólo Jefes y oficiales científicos que conozcan la profesion militar en toda la extension á que los adelantos modernos la han llevado, sino que es indispensable, además, que todo ciudadano sea un instruido y hábil soldado el dia en que se necesiten sus servicios...”* (A.H.A. Boletín Oficial. Estado Soberano de Antioquia, 1875).

13. En el año 1875, el Presidente del Estado, el señor Baltazar Botero Uribe, resaltó la falta de motivación de los padres de familia sobre las enseñanzas que debía recibir un menor edad, y manifestó su inconformismo por el hecho de que estos solicitaban la entrada del hijo a la universidad de forma inmediata al terminar los estudios de primaria, se tenía la idea de que con los estudios primarios, los menores eran aptos para ingresar y terminar estudios en la universidad. Esta situación era difícil, ya que los niños apenas sabían leer y escribir, y conocían algo de Aritmética, Gramática Española, Geografía, Religión y Moral.

Por esta situación, se propuso desligar las enseñanzas que debían ser impartidas en los colegios y en la universidad para asegurar la posibilidad de que

- Antioquia fuera vista como un centro donde la juventud podía terminar sus estudios profesionales. Para esto, era necesario apoyar económicamente los gastos que representaba mantener abierta la Universidad, y así, formar los hombres útiles que fueran instruidos en las ciencias, educados en la moral y en las virtudes republicanas (A.H.A. Estados Unidos de Colombia. Estado soberano de Antioquia, 1875).
14. En el año 1878, el Presidente Constitucional del Estado Soberano de Antioquia, doctor Tomás Rengifo, argumentó como razones las condiciones de guerra que favorecían la poca asistencia de los estudiantes a las clases y la legislación en materia educativa que no permitió conjurar la falta de recursos y las necesidades propias. Consideró que estas situaciones incidían negativamente en la labor de formar hombres competentes para todas las profesiones civiles (Colección Antioquia. Universidad de Antioquia. Informe Presidente Constitucional, 1878).
 15. En el año 1879, el Presidente Constitucional del Estado Soberano de Antioquia, el doctor Tomás Rengifo, manifestó que en ese momento todos los establecimientos de educación estaban funcionando. Solicitó la creación de una política que permitiera traer profesores de otros Estados y reducir los cupos de becas a estudiantes antioqueños que cursaban estudios en la Universidad Nacional, de esta manera, debían retornar todos los estudiantes a Antioquia para continuar los estudios en el Colegio Central, y consideró que se obtenían ventajas al educar en esta tierra buenos profesionales en Jurisprudencia, Medicina e Ingeniería (A.H.A. Registro Oficial. Diario del Gobierno. Estados Unidos de Colombia – Estado soberano de Antioquia, 1879).
 16. En el año 1888, el Gobernador del Departamento de Antioquia, doctor Marcelliano Vélez, informó sobre la apertura de la Universidad, y su ubicación en el edificio que había servido de cuartel a la gendarmería (Colección Antioquia. Universidad de Antioquia, 1888).
 17. En el año 1889, el Gobernador del Departamento de Antioquia, doctor Marcelliano Vélez, manifestó que su función en el cargo se había concentrado en la seguridad para los ciudadanos, en respetar los derechos, en fomentar la instrucción pública y conservar el orden y la paz en el territorio. En materia de educación, argumentó que la marcha de la Universidad era satisfactoria, primaban la disciplina, el orden y la religión, a tal punto que: *“En la segunda semana de cuaresma se hicieron los ejercicios espirituales reglamentarios, y aunque hay muchos estudiantes ya formados y de diversas opiniones políticas, no hubo uno solo rebelde, ni se cometió una sola irreverencia hasta recibir la Santa Eucaristía”* (Colección Antioquia. Universidad de Antioquia, 1889).

18. En el año 1894, el Gobernador del Departamento de Antioquia, el doctor Miguel Vásquez B., resaltó que en el ramo de la educación, la Academia de medicina requería de una oficina de medicina legal que pudiera albergar médicos oficiales debidamente remunerados, que se dedicaran de forma exclusiva a la práctica de los auxilios médico legales necesarios para una buena marcha de la administración de justicia (Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia, 1894).

Fue así que cada uno de los informes mostró la situación de los estudios superiores en Antioquia. Por lo que cada legislatura debía procurar las leyes que permitieran el avance en las ciencias útiles, en los recursos, en el pago de profesores, en la sostenibilidad de la leyes sobre inmigración de profesores del extranjero, la posibilidad de ampliar los estudios a las mujeres, entre otros; no obstante, pocas leyes fueron expedidas para el ramo de la Instrucción Pública que pudieran conjurar las debilidades.

5. RAFAEL NÚÑEZ Y MIGUEL ANTONIO CARO. EDUCACIÓN Y RELIGIÓN.

El doctor Rafael Núñez se postuló para presidente y fue elegido para el periodo constitucional de 1880 a 1882, y fue reelegido en el año de 1884. Propuso un cambio de la Constitución de 1863 y citó para el mes de noviembre del año de 1885 la conformación de un Consejo Nacional de Delegatarios para sentar las bases de la reforma política para la promulgación de una nueva Carta Política. El 5 de Agosto de 1886 se promulgó la nueva Constitución.

El régimen político de la República se vio desde el año de 1886 frente a una nueva Constitución, pero la promulgación de leyes ordinarias y decretos ejecutivos marcaron la orientación jurídica y legal del país. El doctor Miguel Antonio Caro, consideró que la idea de derecho estaba soportada en la manera en que los sujetos concebían y decían la religión, por lo que la educación fue vista como la posibilidad de que los sujetos se formaran religiosamente para gobernar: *"...toda educación supone deberes y derechos: nociones preconstituidas sobre lo bueno y lo malo... Sin duda el que enseña está obligado a saber lo que enseña, cómo y por qué lo enseña...Dios es este maestro de maestros, rey de reyes. Él dicta la ley universal, la enseña a la razón...y complementa su enseñanza mediante la revelación..."* (Caro M, 1871-1876).

Realizó la referencia a la ley natural y la fundamentó como necesaria para la ley escrita o positiva. Y enfatizó en dos principios: 1. la verdad como cierta y dada por

la religión, y 2. la justicia, como buena y presente en las costumbres. Su interés fue subordinar el principio de utilidad a la justicia. De esta manera, la vida política debería estar enmarcada en la ley divina y en la ley humana, por lo que se intentó atacar los argumentos que buscaban sustentar de forma exclusiva, la búsqueda de la libertad y el bienestar: "...Pues bien, la libertad puede ser buena o mala; el bienestar, lícito e ilícito...luego la escuela liberal no tiene principios sino hechos... en todo caso miente..." (Caro M, 1871-1876).

Consideró Miguel Antonio Caro la importancia de mantener el Partido Nacional y la promulgación y puesta en marcha de la Constitución de 1886, y resumió su posición desde la triada centralización del orden, educación cristiana y trabajo nacional. Con estos bastiones, la ley fue vista como la posibilidad de ser enunciada porque existía un poder supremo al lado o por encima del poder legislativo:

...no hay ley propiamente dicha, o, lo que es igual, la ley escrita se reduce a letra muerta, no hay verdadero legítimo gobierno allí donde no se reconozca el origen supremo de toda legalidad, donde no exista el vínculo santo que liga las conciencias, donde no se tribute culto público al Creador y Conservador de la familia humana, por quien las voluntades libres, el pueblo inclinándose a la obediencia, y los magistrados ejerciendo justicia y misericordia, concurren a afianzar la concordia venturosa que constituye el orden social. (Caro M, 1871-1876)

El doctor Caro fue presidente entre los años de 1892-1898, no obstante, por respeto a Núñez, se hizo llamar vicepresidente encargado del poder ejecutivo. En su mandato estuvo confiado en que lograría el orden, por lo que solicitó a los legisladores y a los magistrados el estudio de las leyes que pudieran conjurar y prevenir el desorden. La directriz para salvar la República estaba orientada en la duración que debían tener las leyes, por lo que invocó el respeto de los pueblos al poder divino. Destacó que no era razonable reformar por reformar ya que esto revelaba un olvido de dios y la historia.

6. DOCTOR FERNANDO VÉLEZ: CATEDRÁTICO DE MEDELLÍN.

El primer egresado con estudios completos y título de la Escuela de Jurisprudencia de Medellín fue el Doctor Fernando Vélez Barrientos (1847-1935). El título fue el de Doctor en Jurisprudencia y Ciencias Políticas, otorgado el 4 de noviembre de 1869. Posteriormente escribió el libro, "*Estudio sobre el derecho civil Colombiano*", que fue publicado por la Imprenta del Departamento en 1898. Vélez Barrientos fue

legislador en varias oportunidades; profesor por 30 años en la Escuela de Derecho y Gobernador de Antioquia.

Para finales del siglo XIX los teóricos del derecho formados en el Departamento de Antioquia, como fue el caso del doctor Fernando Vélez, plantearon e introdujeron discusiones escritas sobre la ley y la estabilidad jurídica. Este tratadista del derecho se vio inmerso por la tradición académica que se originó con la expedición del Código Civil sancionado el 26 de mayo de 1873 e implementado mediante la ley 57 de 1887 sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional.

En su obra, el doctor Vélez, asumió el derecho como un conjunto de preceptos que regulaban las relaciones entre los hombres. Consideró que los juriconsultos eran los encargados de la jurisprudencia como ciencia, y esto implicaba que la investigación del saber podía relacionar los preceptos del derecho. Además, el saber del derecho debía contar con ciencias auxiliares como la moral, con sus reglas de lo justo; la historia, que enseñaba la experiencia; y la economía política, que enseñaba lo útil.

En su libro, Vélez recurrió a las reglas que se debían tener en cuenta en la interpretación: 1) cuando una ley era clara, se debía atender el tenor literal sin recurrir a buscar su espíritu; 2) cuando una ley fuera oscura, debía buscársele su espíritu, o sea, la intención manifestada o la historia; 3) las palabras de la ley eran literales y su uso era el dado en la sociedad, salvo el significado que le hubiere dado el legislador; 4) las palabras técnicas de toda ciencia eran dadas y conocidas por los profesionales, salvo otras interpretaciones dadas por el legislador; 5) el contexto de la ley y su correspondencia con otras leyes; 6) la interpretación de una ley debía consultar su sentido por medio de las anteriores reglas de interpretación y 7) en el caso de no poderse aplicar estas reglas, se debía recurrir al espíritu general de la legislación y a la equidad. Un aspecto importante, fue que el juez no podía dejar de fallar por no contar con una ley positiva, para lo cual podía recurrir al derecho natural, que era su complemento.

Por lo que Vélez propuso que en la interpretación que debía realizar el juez, este no podía recurrir al argumento de imposibilidad de dar sentencia por considerar el silencio, la oscuridad o la insuficiencia de la ley. El funcionario al momento de administrar justicia debía tener en cuenta: 1) la existencia de legislación clara y precisa para el caso, la cual se debía aplicar aunque le pareciera injusta; 2) si existía disposición legislativa pero era oscura, se debía recurrir a las reglas de interpretación; 3) de no existir disposición legislativa aplicable, se debían aplicar las leyes que regulaban casos semejantes o sea, la analogía, y 4) en el evento de que existieran dos normas, una anterior y otra posterior, se debía privilegiar la posterior.

7. SABER JURÍDICO: DISCURSOS LEGALES Y CONSTITUCIONALES DE LA PATRIA DESDE DIFERENTES TEÓRICOS.

Los discursos legales y constitucionales en los estudios de jurisprudencia en Medellín se orientaron hacia la práctica y la creación del saber jurídico. En este caso, el libro elaborado por el abogado José María Samper (1881), se enfocó en explicar el cómo tres miradas diferentes, la francesa, la norteamericana y la española, podían brindar elementos estructurales en la formación del sujeto en el saber jurídico. El texto lo tituló: “*Memoria histórica sobre el desarrollo del derecho constitucional en Colombia, á contar desde el 20 de julio de 1810 hasta la fecha*”.

Consideró que el Derecho constitucional colombiano era sustancialmente la historia política y social de la patria como nación soberana. En su libro muestra el compendio de las revoluciones con las que se habían escrito, discutido, expedido y abolido las cartas constitucionales que habían pretendido crear y mantener, de forma permanente, las instituciones de la República democrática. Samper consideró escribir la historia constitucional propia y elaborar cada una de las épocas por las que tuvo que atravesar el saber jurídico y su práctica en la República:

ÉPOCAS:

La primera...época REVOLUCIONARIA, transcurrida de 1810 á 1820... En la cual los movimientos políticos se caracterizaron con esfuerzos de Gobiernos federales primero y despues de union para formar la gran Colombia.

La segunda...COLOMBIANA, de 1821 á 1839, en la que predomina la unidad nacional con la centralizacion rigurosa en union con Venezuela y el Ecuador.

La tercera...NEO-GRANADINA, de 1831 á 1855, marcada con alternativas de ensanche del régimen municipal, centralizacion y amplia descentralizacion.

La cuarta... DE TRANSICION, en la que se verificó el paso de la antigua unidad política á la completa federacion, de 1855 á 1863.

Y la quinta, FEDERALISTA y NEO-GRANADINA, que ha corrido de 1863 hasta el presente, practicándose durante diexiocho años el régimen de la más amplia federacion. (Anales de Instrucción Pública en los Estados Unidos de Colombia, 1880-1885. Tomo II).

Finalizando el siglo XIX, algunos otros estudiosos del saber jurídico plantearon que las leyes y las Constituciones regulaban las relaciones entre las personas y de estas, con el gobierno. Fue así que Fernando Vélez y Julian Cock (1891) escribieron una obra que titularon: “*Datos para una historia del Derecho*”, en la que realizaron una división cronológica del país entre los años de 1819 y 1886.

Los autores mostraron que en el año de 1827 se procedió a convocar una Convención Constituyente para realizar cambios a la Constitución de Cúcuta o Constitución de la Gran Colombia que había sido creada en el año de 1821, situación que dio origen a la Constitución de 1832. La República de la Nueva Granada (1831-1858), expidió la Constitución de 1832 en la que dividió el territorio en provincias, cantones y distritos parroquiales. Posteriormente, se expidió la Constitución centralista y presidencialista de 1843 que fortaleció el poder del presidente para mantener el orden en la República; pero fue la Constitución de 1853 la que abrió las puertas al sistema federal y reconoció la autonomía municipal de las provincias y la libertad de religiosa.

Durante la Confederación granadina (1858-1861), se promulgó la Constitución de 1858 que permitió la creación de ocho Estados federales con legislación independiente; no obstante, estos no fueron asumidos como soberanos hasta el periodo denominado de los Estados Unidos de Colombia (1861-1885) durante el que fue promulgada la Constitución de 1863, y se proclamó, entre otras, la libertad de estudios. Y la Constitución de 1886 nombró al país como República de Colombia y se organizó como país centralista.

Además, Vélez y Cock realizaron un recuento cronológico del derecho antioqueño entre 1856 a 1886: Estado de Antioquia (1810 a 1819) que pertenecía a Cundinamarca; Provincia de Antioquia (1819 a 1851) que era administrada por un gobernador dependiente del poder ejecutivo; División de la provincia de Antioquia en tres secciones para una mejor administración: Antioquia, Medellín y Córdoba (1851 a 1855); Estado de Antioquia (1856 a 1862); Estado soberano de Antioquia (1862 a 1885) y Departamento de Antioquia (1886).

Otra de las obras estudiadas en la República se titula *Prolegómenos del Derecho* (1868), del jurista español doctor Pedro Gómez de la Serna. En esta se planteó una introducción a los estudios jurídicos por medio de la elaboración de cuadros sinópticos sobre los tratados que debía tener presente un abogado para ser un buen jurisconsulto. En este libro, el autor consideró que el objeto de enseñanza del derecho consistía en dar a los estudiantes una idea general de la ciencia e infundirles la dignidad que le era propia al abogado.

La enseñanza en el saber jurídico continuaba concentrada en la ley, lo que comportaba una expresión enfática del hombre en sociedad y de sus relaciones legales teniendo en cuenta la libertad individual, la seguridad personal y la propiedad real; y se determinó que el proceso requería de las siguientes solemnidades: creación legal por parte del legislador, publicación de los actos legislativos, fuerza coactiva de las sanciones y el interés general de la población. Y se puntualizó que la publicación de la ley era un paso necesario para que no fuera vista como cruel e injusta.

Consideró Gómez de la Serna que la tarea del abogado era reconocer la existencia de tres conceptos: legislación, derecho y jurisprudencia. Con la legislación, se fijaban las teorías y se comparaban las instituciones; con el derecho, se contenían las reglas positivas; y con la jurisprudencia, se permitía la aplicación del derecho. La legislación la ubicó en la especulación, el derecho en la institución y la jurisprudencia en el sujeto jurisconsulto.

La interpretación de la ley fue otro concepto trabajado por Gómez de la Serna y aunque la consideraba perfecta, y el autor se centró en tres fuentes creadoras del derecho: la costumbre, la doctrina y la equidad. Estas fuentes debían entrar como auxiliares de la ley, a tal punto que el jurisconsulto al estudiar su espíritu, debía recurrir al contenido de otros saberes, como lo eran la filología, la historia y la filosofía; este método permitía al magistrado aplicar la ley, teniendo en cuenta las herramientas teóricas que le permitieran explicar sus fallos. La interpretación se debía privilegiar en los cursos de las universidades, debido a que se consideró que era la que fijaba las doctrinas que servían de guía en los procesos judiciales.

La importancia del texto de Gómez de la Serna fue la insistencia en recurrir a diferentes fuentes creadoras del derecho al momento de promulgarlo, interpretarlo y aplicarlo. Aunado a esto, la formación del jurisconsulto se comenzó a relacionar con los discursos constitucionalistas que debían estar en la formación de los abogados; así lo dejó ver José María Samper (1870) en su obra titulada: *Curso elemental de ciencia de la legislación*. El autor manifestó que durante sus estudios universitarios, Bentham, Becaría y Comte, fueron sus guías en materia de legislación; sin embargo, argumentó el hecho de haber asumido una posición crítica de ellos después de su formación como abogado, y esto le permitió ver los defectos y errores que comportaban dichas enseñanzas al intentar dar una explicación única y verdadera de los problemas jurídicos.

Con base en su posición crítica, propuso que el derecho debía cumplir cinco operaciones: la observación, el análisis, la comparación, la clasificación y la conclusión. Postuló que la ciencia Constitucional hacía parte de la ciencia de la legislación, y que era de allí de donde se derivaba su promulgación, por lo que se debía tener en cuenta el estado político de los pueblos, la organización de los poderes públicos y las relaciones entre los ciudadanos.

La preocupación jurídica no podía girar exclusivamente sobre el poder legal, debido a que este se mantenía por la tendencia natural del hombre por obedecer; por la justicia que reportaban las leyes; por la permanencia de los hechos que le daban origen y por la conciencia de las condiciones de autoridad en su ejecución y aplicación. Pero ese poder se podía afectar cuando se encontraban leyes infructuosas, y en este caso, el tratadista se esmeró en su obra en mostrar cómo la ley de 1850

que abolió los privilegios profesionales, entre estos, la titulación, era una clara muestra de lo confusa que podía ser una ley. Consideró que con este mal entendido legislativo se logró la multiplicación en la formación de doctores en la República, quienes por sus pobres conocimientos, no podían brindar algún tipo de garantía a la sociedad. Samper concluyó argumentando que las leyes perdían su razón de ser y se reducían a hechos históricos que debían ser evaluados.

Por tanto, el autor analizó que el poder de legislar permitía diferenciar la ciencia de la legislación y el arte de legislar. Consideró que eran diferentes en su concepto, pero que se complementaban. Por lo que se asumió que la *ciencia de la legislación*, era esencialmente práctica, experimental, universal y sus deducciones eran principios absolutos, universales y variables; se propuso el estudio de las causas generales del bienestar o la desgracia de los pueblos para lograr una legislación que permitiera una práctica jurídica acertada. Las teorías de la ciencia de la legislación fueron vistas como un apoyo para la labor de los legisladores, los ejecutores y aplicadores de las leyes. Por su parte, *el arte de legislar*, era una labor de circunstancias, era una variable que sugería tener en cuenta la conveniencia particular de cada pueblo según la época y sus condiciones, en sí, se vieron como medio para resolver los problemas particulares de la legislación del Estado al que se refiriera.

La preocupación por la ciencia y el arte de legislar permitió ver de forma crítica las enseñanzas de jurisprudencia que se estaban dando en las universidades de la República, y a pesar de las discusiones que presentaban los teóricos en la materia, se asistió a la recomendación de que ciertas obras fueran estudiadas en las universidades y en los colegios; tal fue el caso de la obra de Bentham que continuaba siendo vigente finalizando la década de 1880 en Colombia, ya que de once libros que se ordenaban seguir, cinco pertenecían al juriconsulto, con una precisión, y es que se ordenó que ningún profesor podía exigir otros libros por fuera de los decretados:

SECRETARÍA DE GOBIERNO Y GUERRA

LISTA de los textos adoptados por la Junta de Instrucción pública para el Colegio Central de la Universidad.

...

Escuela de Jurisprudencia y Ciencias políticas

Ciencia constitucional ____ Florentino González

Ciencia Administrativa ____ Florentino González

Legislación ____ Bentham

Economía política ____ Say

Estadística ____ Moreau et Jonnes

Organización judicial ____ Bentham

Pruebas judiciales _____ Bentham
Sofismas políticos _____ Bentham
Derecho Romano _____ Heineccio
Derecho Internacional _____ Bello
Teoría de las penas y las recompensas _____ Bentham.

...

Medellín, agosto 26 de 1882

El Secretario de la Universidad,
Adán Pereira.

(A.H.A. Registro Oficial. Estados Unidos de Colombia- Estado Soberano de Antioquia, 1882, número 804 y 805)

GOBIERNO DEL ESTADO

DIRECCION GENERAL DE INSTRUCCION PÚBLICA

Decreto por el cual se fijan los textos en que deben hacerse los estudios en el Colegio Central.

La Junta Suprema de Instrucción pública,

En uso de sus atribuciones legales,

DECRETA:

Art. 1. Adóptanse como textos de enseñanza para el Colegio Central en las diversas materias, los libros de los autores que en seguida se expresan:

....

Legislación Civil y Penal....J Bentham

Ciencia constitucional....Florentino González

Derecho administrativo.... Los Códigos Oficiales

Pruebas judiciales...J. Bentham

...

Art. 4. En ningún caso podrán los profesores de la Universidad exigir otros textos que los designados en este Decreto.

...

Dado en Medellín, a 23 de octubre de 1884.

El Presidente,

LUCIANO RESTREPO

A.H.A. Registro Oficial. Estados Unidos de Colombia- Estado Soberano de Antioquia, 1884, número 1457)

En materia de legislación, se promulgó la ley 57 de 1887 *sobre adopción de códigos y unificación de la legislación nacional*, que reguló que en caso de existir

incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, prevalecía la Constitucional. Esta ley propició el ver los derechos nacionales como una categoría que implicaba posiciones dogmáticas y prácticas forenses específicas a quienes serían formados en derecho. Y reguló, que en caso de incongruencia en las leyes por motivo de presentarse una oposición entre el tránsito del derecho antiguo al derecho nuevo, se debía tener en cuenta que la ley posterior prevalecía sobre la ley anterior. El texto Constitucional obtuvo el carácter de ser superior a la ley en cuanto esta podía ser reformada y derogada por aquella, de esta forma, se aseguraba el orden y se despejaba el caos en la interpretación jurídica. Además, permitió una especie de uso práctico de los códigos y de la ley en el litigio, tal y como lo sustentó Fernando Vélez Barrientos (1891) en su libro:

PRELIMINARES

1. La diversidad de las leyes positivas es un hecho natural y necesario. Por lo mismo, la uniformidad en los pormenores de la Legislación de las Naciones, es irrealizable. Se aspira y podrá llegarse á la uniformidad de los principios fundamentales del Derecho.
2. El hombre está sometido á las leyes por razón de su personalidad, por razón de sus bienes, por razón de sus actos. De aquí principalmente se origina que pueda estar en relación con leyes de diferentes Naciones.

El poder ejecutivo y su centralización en materia educativa se materializó con la vigilancia y control de los establecimientos educativos, en sus saberes y en las prácticas del saber que de allí pudieran surgir. Con base en esta mirada se expidió la ley 61 de 1888, llamada “*ley de los caballos*” que facultó al Presidente de la República para ejercer: “...*el derecho de inspección y vigilancia sobre las asociaciones científicas e institutos docentes; y queda autorizado para suspender por el tiempo que juzgue conveniente, toda Sociedad o Establecimiento que bajo pretexto científico o doctrinal sea foco de propaganda revolucionaria o de enseñanzas subversivas*”.

8. CONCLUSIONES

Los postulados constitucionales dados por los diferentes discursos propiciaron discusiones y diversas posiciones sobre el saber jurídico que incidieron en el cómo se organizó la República de Colombia:

1. Instituciones que determinaron la forma de gobierno que se debía adoptar. Argumentando como se pasó por diferentes miradas: de la monarquía absoluta de España a la monarquía constitucional; por la democracia; por la República

central y federal; por intento de dictaduras; por el poder militar; y por diversas desmembraciones.

2. Con el tipo de Constitución que debía regir. Se encontraron constituciones con visiones liberales, conservadoras y mixtas. Incluso, finalizando el siglo XIX se manifestó que las diferentes posturas políticas se revertían en el tipo de constitución, por lo que se argumentó que el liberal amaba la libertad y el conservador anteponía el derecho a todo.
3. Con la obra codificadora se pretendió en la República acercar la legislación a los sujetos. Debido al cúmulo de leyes sueltas, dispersas, inconexas y contradictorias e, incluso, ineficaces, era imposible ejercer la administración de justicia. Además, lo poco que se tenía en jurisprudencia provenía de los expositores y comentaristas del Derecho Español que para esa época eran extraños a las realidades jurídicas de la República, lo que mostró la falta completa de obras nacionales y tratados que recopilaran la labor filosófica y metodológica que se realizaba sobre el sistema legislativo.

La situación de los teóricos del saber jurídico, no podía desconocer la problemática que se generó con la creación de la Universidad Nacional (1867), con este advenimiento se mantuvo un debate sobre las creencias que debían inspirar la educación, la postura política de los estudiantes al interior de los claustros y el reclamo por mejorar la instrucción. La intención era sacar de los establecimientos educativos la mirada exclusiva de los partidos políticos que confluían para hacer frente a un contrario. De esta manera, se intentó ver la universidad como un instrumento de civilización, o por lo menos, que no fuera vista como un campo de entrenamiento para la lucha entre diferentes bandos. La universidad debía ser el centro donde diferentes formas de ver se podían encontrar para avanzar en el saber y la ciencia; esta propuesta implicaba sacar de los claustros las posiciones radicales, entre estas, la de intentar imponer y mantener la creencia religiosa en su interior.

Estas situaciones fueron tocadas por la reglamentación en materia de textos escolares, la cual continuó siendo vista como una forma expresa de controlar la labor de la enseñanza por parte de los administradores, quienes podían regular las obras que orientarían los estudios; con un agravante, la labor de escritura de los teóricos formados en la República no fue copiosa.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Archivo General de la Nación. Sección República (1828). Fondo Historia. Tomo VIII, Folio 172.

- Archivo Histórico de Antioquia El Constitucional de Medellín. (1 de octubre de 1855) número 73. Folio 19
- Archivo Histórico de Antioquia Constitucional de Antioquia. Nueva Granada. (18 de octubre de 1857) número 129. Medellín. Folio 14.
- Archivo Histórico de Antioquia. Constitucional de Antioquia. Nueva Granada. (16 de octubre de 1857) número 128. Medellín.
- Archivo Histórico de Antioquia. Crónica Oficial. Estados Unidos de Colombia – Estado Soberano de Antioquia, 1863.
- Archivo Histórico de Antioquia. Boletín Oficial. Estado Soberano de Antioquia (1875).
- Archivo Histórico de Antioquia. Estados Unidos de Colombia. Estado Soberano de Antioquia. Memoria del Secretario de Estado en el despacho de Gobierno, dirigida al ciudadano presidente del Estado para la legislatura. (1875). Medellín. Folios.37-38.
- Archivo Histórico de Antioquia. Registro Oficial. Diario del Gobierno. Estados Unidos de Colombia – Estado soberano de Antioquia. (Martes 7 de octubre de 1879) número 216. Año III. Serie 4. Medellín. Folio.395.
- Archivo Histórico de Antioquia. Registro Oficial. Estados Unidos de Colombia- Estado Soberano de Antioquia. Órgano del Gobierno. (Lunes 11 de septiembre de 1882) números 804 y 805. Medellín. Folio. 2276.
- Archivo Histórico de Antioquia. Registro Oficial. Estados Unidos de Colombia- Estado Soberano de Antioquia. Órgano del Gobierno. (Martes 18 de noviembre de 1884) número1457. Medellín.
- Anales de Instrucción Pública en los Estados Unidos de Colombia. (1880-1885). Tomo III. Noviembre de 1881. Folios 230-231. Prensa colombiana microfilmada. Biblioteca Luis Ángel Arango.
- Anales de Instrucción Pública en los Estados Unidos de Colombia. (1880-1885). Tomo II. Julio de 1881. Folio 430-472. Prensa colombiana microfilmada. Biblioteca Luis Ángel Arango.
- Bushnell David. (1984). *El régimen de Santander en la gran Colombia*. Bogotá: El Áncora Editores.
- Caro Miguel Antonio. *Escritos Políticos*. (1871-1876). Estudio preliminar, Compilación y notas. Bogotá: Instituto Caro y Cuervo.
- Colección Antioquia. Universidad de Antioquia. Informes del Gobernador (1852). Folios.26-27.
- Colección Antioquia. Universidad de Antioquia. Informe que el Presidente constitucional del Estado Soberano de Antioquia envió a la legislatura. Folio. X. 1878.
- Colección Antioquia. Universidad de Antioquia. Mensaje del Gobernador del departamento de Antioquia a la Asamblea. Folio VI. 1888.

- Colección Antioquia. Universidad de Antioquia Informe que el Gobernador de Antioquia, Medellín. Imprenta del departamento. Marceliano Vélez, a 30 de Junio de 1889.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. (1828). Bentham Jeremías por DUMONT, ETIENNE. *De la organización judicial y de la codificación*: extractos de diversas obras de Jeremías Bentham, Paris.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Exposición que el gobernador de Antioquia dirige a la Cámara de la Provincia en sus sesiones ordinarias. (1836). FM/193.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Memoria del Gobernador de Antioquia a la Cámara Provincial en sus sesiones (1843). Folios. 2-3. FM/171.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Informe del Gobernador del departamento de Antioquia a la Asamblea en sus sesiones. (Mayo de 1894). Medellín. FM 261 de 1894.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Vélez Fernando. *Estudio sobre el derecho civil colombiano. Medellín. 1898-1911*.p.1-51.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Vélez Fernando y Cock Bayer Julián y otros. (1891). *Datos para una historia del Derecho*. Medellín. P.p.11-241.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Gómez de la Serna. Pedro. (1868). *Prolegómenos del Derecho*, Bogotá. P.p.7-93.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Samper Agudelo José María. (1870). *Curso elemental de ciencia de la legislación. Dictado en lecciones orales*. Bogotá: Imprenta de Gaitán. Folios. II-XXII y p.p.216-500.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. Vélez Fernando. (1891). *Programa de los principios generales del derecho Internacional privado*. Medellín. Folio.1.
- Colección Patrimonio Documental. Universidad de Antioquia. (1828). Fondo: Codificación Nacional.
- Constitucional de Cundinamarca. (domingo 4 de noviembre de 1832) número 59. Bogotá. Folio 47. Prensa colombiana microfilmada. Biblioteca Luis Ángel Arango. Sección de adquisiciones y mantenimiento de colecciones.
- Constitucional de Cundinamarca. (domingo 10 de enero de 1836) número 225. Bogotá. Folios 15-16. Prensa colombiana microfilmada. Biblioteca Luis Ángel Arango. Sección de adquisiciones y mantenimiento de colecciones.
- Constitucional de Cundinamarca. (domingo 29 de noviembre de 1835) número 219. Bogotá. Folio 410. Prensa colombiana microfilmada. Biblioteca Luis Ángel Arango.
- El Conductor. (Martes 20 de marzo de 1827). Bogotá. Folio 59. Prensa colombiana microfilmada. Biblioteca Luis Ángel Arango.
- El Pueblo. (14 de enero de 1859). Medellín. Folios 144-145. Prensa colombiana microfilmada. Biblioteca Luis Ángel Arango.



Título: Kapayo

Técnica: Acrílico sobre lienzo

Dimensión: 90 x 60 cm

Año: 2014

***LA CONCILIACIÓN UNA POLÍTICA
PÚBLICA DE FORMACIÓN CIUDADANA.
ESTUDIO DEL PERIODO 2009 AL 2011
EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN
LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ****

* Este artículo es un resultado de la investigación ¿Tiene la verdad negociada como criterio de verdad intersubjetivo una razón económica para las reformas de descongestión judicial en Colombia? Caso concreto: las conciliaciones efectuadas en el Centro de conciliación del Consultorio jurídico de la U. de A en el año 2009-2011. Inscrita en el Centro de Investigaciones Jurídicas de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia a cargo de la profesora Olga Lucía Lopera. Investigación desarrollada en el marco de la convocatoria de pequeños proyectos del CODI del 2011.

Fecha de recepción: febrero 15 de 2014

Fecha de aprobación: abril 11 de 2014

**LA CONCILIACIÓN UNA POLÍTICA PÚBLICA DE FORMACIÓN CIUDADANA.
ESTUDIO DEL PERIODO 2009 AL 2011 EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN
LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ**

*Paula Andrea Pérez Reyes***

RESUMEN

La conciliación en Colombia en los últimos años no solo ha constituido uno de los mecanismos de solución de conflictos, esta ha trascendido como tal convirtiéndose en una verdadera herramienta de formación ciudadana para la construcción de la paz y la convivencia social tanto a nivel local como nacional. Una de las formas a través de las cuales la conciliación como instrumento de justicia alternativa llega a la población más necesitada y de bajos recursos, es a partir de los centros de conciliación de las universidades, por lo cual es necesario investigar el papel que juegan dichos centros en la construcción de la convivencia pacífica de la ciudadanía. El presente artículo aborda el trabajo que desarrolla el centro de conciliación de la Universidad de Antioquia (Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez) como un escenario clave en la construcción de políticas públicas orientadas hacia la formación ciudadana en Medellín, este es un presupuesto que sustenta la necesidad de fortalecer estos centros en las universidades desde la implementación de nuevas políticas públicas a nivel local, regional o nacional.

Palabras clave: conciliación, formación ciudadana, centro de conciliación, políticas públicas, conciliador.

**CONCILIATION A PUBLICPOLICY OF CITIZENFORMATION.
STUDY OF THEPERIODBETWEEN 2009 TO 2011 IN THECONCILIATION
CENTER LUIS FERNANDO VELEZVELEZ**

ABSTRACT

Conciliation in Colombia in recent years has not only been one of the dispute settlement mechanisms, it has transcended itself as a real citizen training tool for building peace and creating the social coexistence locally and nationally. One of the ways in which conciliation as justice alternative instrument reaches the neediest and low income is from conciliation centers of universities, so it is necessary to investigate the role of these centers in building peaceful coexistence of citizens. This article discusses the work that develops the conciliation center at the Universidad de Antioquia (Centro de Conciliación Luis Fernando Velez Velez) as a key scene in the construction of public policies oriented towards civic education in Medellin. This is a budget that supports the need to strengthen these centers in universities since the implementation of new public policies at local, regional or national.

Keywords: conciliation, citizenship training, mediation center, public policy, conciliatory.

** Estudiante de Derecho de la facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. E-mail: paulaperez777@hotmail.com.

**LA CONCILIACIÓN UNA POLÍTICA PÚBLICA DE FORMACIÓN
CIUDADANA. ESTUDIO DEL PERIODO 2009 AL 2011
EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN
LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ**

1. INTRODUCCIÓN

El presente artículo es fruto del resultado final de la investigación: ¿Tiene la verdad negociada como criterio de verdad intersubjetivo una razón económica para las reformas de descongestión judicial en Colombia? Caso concreto: conciliaciones efectuadas en el Centro de conciliación del Consultorio jurídico de la U. de A en el año 2009-2011. Dicha investigación surge, como parte de múltiples inquietudes que nacen a partir de las nuevas formas de definir y entender el propósito de la conciliación en Colombia.

Lo anterior se desarrolla a partir de una aproximación al ejercicio de la conciliación en el Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez, con lo cual se busca analizar las relaciones que van desde la interpretación de la conciliación como una política de descongestión judicial, en contraste con la visión de este mecanismo de justicia como una política pública de formación ciudadana para llegar a demostrar que con todos estos elementos, la conciliación es no solo una forma de justicia alternativa, sino el espacio ideal para la formación de los valores ciudadanos. La búsqueda a que hace referencia la presente investigación se realizará a través de un recorrido inicial de los cambios y transformaciones en la política pública del Ministerio de Justicia en el periodo que comprende 2009 al 2011, periodo de vital importancia para el desarrollo de práctica de la conciliación en Colombia, toda vez que a partir del 2009 surgen nuevas políticas a nivel nacional que se orientan a regular los centros de conciliación en todo el país.

Para llevar a cabo la investigación se empleó el enfoque del interaccionismo simbólico, para lo cual, se desarrolló una práctica académica en el Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez, en la que se logró de primera mano observar y obtener información relativa a todos los procesos efectuados en dicho Centro de Conciliación, igualmente se efectuó un rastreo bibliográfico, estadístico y documental, todo esto para desarrollar la investigación desde una perspectiva cualitativa.

Inicialmente se parte del estudio del empleo de la conciliación en el Centro de Conciliación durante el periodo que comprende del 2009 al 2011, se da un vistazo a los antecedentes del Centro de Conciliación y la implementación de las políticas públicas del Ministerio de Justicia y su correspondiente plataforma en internet en el 2009, para finalmente explorar los resultados y dar lugar a una reflexión encaminada a ver la conciliación como política de formación ciudadana.

Esta investigación tuvo un alcance descriptivo a partir de la construcción de los conceptos básicos para el análisis exploratorio del tema, para luego dar lugar al análisis dinámico de resultados dentro de un marco temporal de tres años que van desde el 2009 hasta el 2011, tiempo transcendental para el cambio de mentalidad social y cultural frente a una sociedad tan diversa como la colombiana, en la que a través de los fenómenos de la resistencia social y los movimientos sociales, se han impulsado reformas estructurales que sirven de base para el reconocimiento de garantías individuales anteriormente no reconocidas.

2. LA CONCILIACIÓN Y EL PLURALISMO

La evolución del concepto de justicia en Colombia, se estudia en el marco de la implementación del concepto del pluralismo jurídico en los 90's, tiempo en el cual se va tejiendo en Colombia el fenómeno de resistencia social y el surgimiento de movimientos sociales, en los que se ve la necesidad de implementar otras visiones al concepto de derecho y la aplicación de éste mas allá del litigio, ya que de manera interdisciplinaria se puede comprender la conciliación como un espacio propio de diversidad cultural, y cómo los sujetos protagonistas del rechazo colectivo se convirtieron en sujetos de protección constitucional, candidatos con amplias posibilidades de acceder a la justicia de manera alternativa.

Comprender el fenómeno de la conciliación a los ojos del pluralismo, es mirar el derecho con otros ojos y entender la necesidad de escuchar aquellas voces silenciadas por la intolerancia dogmática de la verdad como dominio exclusivo de aquellos que ven todo "*en blanco y negro*", y al derecho como una experiencia litigiosa.

Esta investigación se nutre de la propuesta del interaccionismo simbólico¹ y de herramientas tales como el material de la página de Ministerio de Justicia con su

1 El interaccionismo simbólico como forma de conocer el fenómeno desde la interacción con los sujetos que hacen parte del objeto de investigación, en parte es una de las formas a la cuales acude la sociología para adquirir conocimiento práctico en sus investigaciones, también la psicología social y la antropología acuden a ella para llegar a grupos sociales y étnicos y comprender la cultura que está inmersa en su estilo de vida. Se

enlace de Conciliación², del cual, se estudian las estadísticas a nivel nacional, documentos y otros recursos bibliográficos. También se acude al estudio de casos y estadísticas del Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez, a la asistencia en la realización de actas y constancias de conciliación y a la atención a los usuarios del Centro de Conciliación, al cual se le agradece por tener siempre las puertas abiertas para el desarrollo de investigaciones como estas.

3. A PROPÓSITO DEL CENTRO LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ

Encontrar las puertas abiertas del Centro de Conciliación es común en estos días, ya que este ha sido el espacio de preferencia entre practicantes, asesores y usuarios, que ven en este el espacio ideal para desarrollar sus actividades propias de su quehacer de la práctica habitual del consultorio jurídico, en la cual muchas personas acuden a él, no solo para solucionar conflictos, sino también para interactuar e intercambiar saberes y experiencias.

Desde la práctica, el consultorio Jurídico de la Universidad de Antioquia, ha proyectado su Centro de Conciliación, como el espacio de la práctica de la conciliación, pero más allá de verlo como el escenario, en donde de manera alternativa se solucionan las controversias, este ha sido un lugar, donde los practicantes con la valiosa experiencia reciben formación no solo en el campo específico de solución de conflictos mediante la conciliación, sino que también allí son testigos de como las partes que intervienen en la conciliación se forman para ser ciudadanos.

Aunque la cultura del litigio prima en el entorno de las facultades de derecho, uno de los objetivos del Centro es otorgar a los usuarios espacios para el diálogo y la puesta en marcha de valores que llevan a convertir ese conflicto en una fructífera experiencia, y aunque el lenguaje de la cultura litigiosa³ es prevalente, sin embargo con la transformación del concepto de derecho a la luz del pluralismo jurídico, los prejuicios propios del monismo se han ido moderando.⁴

vale de medios comunicativos, experiencias de vida y todas aquellas formas de interacción social y comunicativa. El Interaccionismo simbólico se sitúa dentro del paradigma interpretativo. Éste, analiza el sentido de la acción social desde la perspectiva de los participantes. Este paradigma concibe a la comunicación como una producción de sentido dentro de un universo simbólico determinado. (Montoya y Salinas, 2011).

- 2 Ver al final del artículo en Webgrafia los enlaces de la Dirección Nacional de Conciliación, Unidad adscrita al Ministerio de Justicia.
- 3 Se entiende como cultura litigiosa la conducta reiterada y generalizada de llevar todos los conflictos de intereses a la esfera judicial o el considerar que el trabajo del abogado se limita solo al ejercicio del litigio.
- 4 El monismo se considerado por los estudiosos de la filosofía política como una forma de ver el derecho, a propósito dice Berlin “el monismo establece que todas las preguntas verdaderas han de tener una respuesta

“Pues bien, llegados a este punto, es preciso determinar cómo el pluralismo jurídico no es más que la legitimación de todas esas relaciones y situaciones sociales que lentamente fueron creciendo en la realidad jurídica, hasta tocar un límite en que el Estado, impotente ante esta diversidad y obligado a abandonar su tradicional monismo, inicia un proceso hacia el reconocimiento de estatus e identidad jurídica de todas esas fuentes nuevas que de la vida cotidiana surgieron, conformándose así un gran grupo heterogéneo pero efectivo, que en materia de resolución de conflictos, por no desviarnos del tema propuesto, ofrece en la actualidad tanto a operadores jurídicos como a los actores del conflicto, de una parte, soluciones no sólo fundamentadas en la ley sino en la equidad y, de otra parte, la posibilidad de emplear mecanismos tradicionales para la resolución de tales conflictos o bien echar mano a otras formas que alternativamente se postulan como más eficientes y realistas a la hora de encontrar una decisión.” (Correa, 2003, pág. 151)

De otra parte, se evidencia que el derecho formal ya no tiene la exclusividad de la que gozaba anteriormente, y que entran en la escena reguladora de controversias otros dispositivos que controlan las distintas contradicciones y discrepancias sociales, de ahí, todo lo concerniente a la pluralidad jurídica y al derecho alternativo.

Desde la Constitución del 1991, se introdujo un orden institucional en el que sobresale una considerable ampliación de los derechos y el reconocimiento de su exigibilidad, en donde los derechos se convirtieron en verdaderos imperativos jurídicos que obligan a todas las autoridades de la nación. La introducción de nuevos mecanismos de participación que implican el derecho al acceso a la justicia, por medio del cual, el Estado le transfirió poder al ciudadano para hacer dirimir sus conflictos de manera ágil y expedita (González y Pérez, 2008, pág. 230).

La Constitución del 91, advierte el conjunto de libertades básicas, las cuales se encuentran contempladas en su capítulo primero, y establecen la estructura básica de la asignación de derechos de la sociedad dentro de la Constitución. Este conjunto está especificado por las libertades políticas, la libertad de expresión y reunión, la libertad de conciencia y de pensamiento, la libertad personal y la protección frente al arresto y detención arbitrarios (González y Pérez, 2008, pág. 230). De manera más precisa el artículo 116 de la Constitución Política trae los lineamientos que les otorgan a los particulares la función de administrar justicia:

“Artículo 116 de la Constitución [...] Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de

verdadera y sólo una, siendo todas las demás necesariamente, errores; en segundo lugar, que tiene que haber una vía segura para descubrir esas verdades; en tercer lugar, que las soluciones verdaderas, una vez halladas, deben ser necesariamente compatibles entre sí y construir un todo único, ya que una verdad no puede ser compatible con otra” (Berlin, 2002b:44).

jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley”

El esquema de igualdad y justicia distributiva sugerido por el principio de la diferencia, también se vio ampliamente reflejado en la Constitución de 1991, en la cual, la introducción de los derechos de segunda y tercera generación: derechos económicos, sociales y culturales y derechos colectivos, respectivamente, definieron en la práctica “*el conjunto de bienes sociales primarios*” que constituyen los argumentos de la función de bienestar social que el Estado Colombiano está obligado a implementar, como lo evidencian las funciones que éstos derechos tienen frente a las condiciones indispensables para acceder a una vida digna.

La defensa del pluralismo y de la igualdad, trascienden de la teoría a la práctica de la filosofía política, un asunto difícil de comprender para aquellos a quienes les incomoda el mundo real. La teoría para muchos suele ser un escudo y una máscara con la que se cubren los miedos de enfrentar un mundo completamente diferente al construido por ellos. La defensa del pluralismo y la igualdad implica no solo llevar la filosofía política a la práctica, sino incorporarla a un conocimiento interdisciplinario, de la cual se nutre el derecho, el trabajo social y la psicología, disciplinas que hacen aportes importantes a la teoría y práctica de la conciliación.

“educarse para la convivencia en medio de la diferencia implica entender los motivos que llevan al uso de la razón pública, porque es la única opción que tiene lo político en una sociedad democrática donde las personas que la habitan carecen de las mismas creencias religiosas, morales, y filosóficas”
(Grueso, 2008, pág. 40)

La Justicia según Rawls, es la justicia como imparcialidad, frente a los supuestos que determinan las profundas diferencias entre los sujetos, es necesario entender dos principios: la libertad, en cuanto al derecho que tiene cada uno dentro de un sistema determinado frente a las desigualdades sociales y económicas, considerando que todos tengan igualdad de oportunidades que les permitan mejorar sus condiciones de vida. ¿Cómo situar a los peor situados? ¿Cómo se maneja el asunto de la desigualdad frente al problema de las condiciones de cada individuo? Buscar ubicar a todos los sujetos en una misma línea implica desconocer las condiciones socioeconómicas de cada uno, y que a partir de dichas condiciones, es que se rompe dicha línea de igualdad donde se pretenden situar a los individuos, por lo que se puede afirmar que se está ante la presencia de una desigualdad material siempre presente. Lo que propone el liberalismo es una igualdad formal, utópica e inalcanzable por lo anteriormente planteado.

En la búsqueda por la sana convivencia, la mejor manera de darle salida a las controversias inter-partes, es acudir a la cultura conciliatoria. A propósito de esta reflexión, la Doctora Bernardita Pérez también hace referencia:

“El Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez se ha convertido, para los practicantes, en un espacio incluyente, que permite la participación, la comunicación y la mutua edificación. Como resultado de ello se observa mayor conciencia de la labor individual y colectiva que se realiza y, sobre todo, la valoración del porqué y para quién se hacen las cosas. Es la toma de conciencia de que tal quehacer no es solo el cumplimiento de un requisito optar a un título, o el desarrollo mecánico de un trámite, sino que propicia la satisfacción de la necesidad sentida de las personas que acuden al Centro”. (Pérez, 2005)

Hablar de los valores que se adquieren en este espacio de la sana convivencia implica ver el derecho con alto contenido social, en donde se propugna por que el ciudadano acuda a un espacio conciliatorio en la búsqueda de obtener una alternativa de solución más pronta a su problema, antes de acudir al aparato judicial.

El Centro de Conciliación proporciona el espacio donde se abre la posibilidad de integrar otros saberes y otras formas de abordar el conflicto, sabiendo de ante mano, que el derecho por sí solo no es suficiente para dar luces de solución ante un conflicto y para entender a las partes o a los intervinientes desde su contexto cultural y social, ya que, al aplicar otros puntos de vista se puede ver al usuario desde una realidad sintonizada con su comunidad; por lo que el conciliador quien tiene una formación jurídica de base, por sí mismo no dispone de los recursos para manejar conflictos familiares, de vecindad, entre otros asuntos. Adicionalmente, el conciliador deben mediar entre personas, que previo al conflicto tenían lazos estrechos que se van quebrando a medida que aumenta el conflicto.

Es necesario considerar los esfuerzos del Centro de Conciliación por integrar saberes, pues es la apuesta interdisciplinaria la que nutre el tratamiento de los conflictos de los usuarios que acuden al consultorio, esto responde a la necesidad latente por otorgar una atención integral para atender el conflicto, ya que el considerar solo aspectos normativos del asunto, limita desde el principio, el manejo del conflicto, y limita las posibilidades de solución, dejando a un lado el contexto psicológico, cultural y social de los agentes, aspectos que pueden brindarle herramientas al conciliador para la construcción de alternativas prácticas y adecuadas, para las fórmulas de arreglo de acuerdo al caso.

“La conciliación únicamente interpretada desde la perspectiva de lo jurídico puede tener algún grado de éxito, pero en definitiva tiende a desconocer aspectos de la interacción social que involucra afectos, sentimientos, valora-

ciones y sentidos de las relaciones interpersonales en la vida cotidiana de las personas, lo que, al final deja vivo el conflicto y la relaciones fracturadas.”
(Montoya, 2011, pág. 147)

Uno de los esfuerzos del Centro de Conciliación, va orientado a preparar a los nuevos practicantes en conciliación por medio de una serie de capacitaciones de carácter obligatorio, en las cuales se pretende preparar a dichos nuevos practicantes, desarrollando en ellos habilidades específicas en el desarrollo de la conciliación, dichas capacitaciones tocan aspectos indispensables en el tratamiento del conflicto, manejo de casos en materia civil y de familia, el papel del conciliador, y la elaboración de actas de conciliación, constancias, desistimientos y desinterés en conciliar. La preparación al equipo interdisciplinario incluye charlas con expertos en las áreas de sicología y trabajo social, quienes brindan apoyo al proceso conciliatorio de la mano con el CAF (Centro de Atención Familiar)⁵.

La atención y asistencia de los practicantes y profesionales en psicología y trabajo social es la siguiente:

En cuanto a la atención psicológica, esta busca que los usuarios asuman el rol de la problemática que aqueja al usuario. Esta labor con las familias es posible, siempre y cuando, se abra un escenario en que cada miembro de la familia, objeto del conflicto puedan construir los espacios para el diálogo a través de la discusión, y a su vez, busquen juntos la solución y se brinde la oportunidad de que estas decisiones se pongan en práctica. Así, luego de lo acordado, cada parte asume el compromiso adquirido consecuentemente, lo que determina el éxito funcional de esta intervención interdisciplinaria.

En los procesos conciliatorios, la colaboración interdisciplinaria tanto de profesionales como de practicantes de Trabajo Social, es importante porque sus saberes dan al conflicto una mirada distinta del mundo en que vienen los usuarios, el practicante o profesional del trabajo social, presta orientación y acompañamiento a los usuarios como complemento de los procesos, creando también, grupos de apoyo dirigidos a cada problemática, los cuales ayudan a cada familia a utilizar sus propios recursos para la toma de decisiones y la resolución de sus conflictos.

5 El centro de atención familiar, antes *PLAN DE ATENCIÓN INTEGRAL A LAS FAMILIAS USUARIAS DEL CONSULTORIO JURÍDICO DE LA UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA “GUILLERMO PEÑA ALZATE”* (PAIFUC) es un espacio interdisciplinario en el que convergen los practicantes de derecho, trabajo social y sicología con el fin de darle un adecuado tratamiento a los conflictos en materia intrafamiliar, busca un espacio para diálogo, la restauración familiar y social de los usuarios, busca principalmente la promoción y prevención de los conflictos que padecen las familias.

“La conciliación es un importante proceso pedagógico para la comunidad, por cuanto desde la consulta del asunto hasta el cierre del proceso de conciliación, las partes intervinientes se nutren de él, de la experiencia del conciliador y de la experiencia del otro, lo que redundará en un entendimiento de la conflictividad y de las formas diferentes que existen para su resolución.”
(Montoya, 2011, pág. 147)

De la mano de lo anterior, la apuesta por la conciliación en las áreas de civil y familia, en el Centro de Conciliación desde la perspectiva de la pertinencia y responsabilidad social, dan lugar a un tratamiento del conflicto desde una mirada más significativa y abre al usuario un mundo de posibilidades para el tratamiento de su conflicto.

4. ANTECEDENTES DE CENTRO DE CONCILIACIÓN LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ

El Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez, es el resultado de una transformación cultural y social dada frente a la expedición de la Constitución Política de 1991, en la cual, su artículo 116 confiere a los particulares la posibilidad de administrar justicia y le otorga particular preferencia a la conciliación, autorizando a las partes que acuden a la conciliación la posibilidad de llegar a un acuerdo y no acudir al proceso judicial.

La idea de la conciliación como mecanismo de descongestión judicial, fortaleció la aplicación de los MARC (Métodos Alternativos de Solución de Conflictos), al generar la cultura de considerar otras formas de acercar la justicia a la comunidad, lo cual hizo que surgiera en el país, por iniciativa de algunas facultades de derecho, incluida la Universidad de Antioquia la idea de implementar dentro de la preparación profesional de los abogados, la práctica de la conciliación. Paralelamente se expide la Ley 23 de 1991 en la cual reza lo siguiente en el artículo 68: *“Los consultorios Jurídicos de las facultades de Derecho tendrán la obligación de organizar su propio centro de Conciliación, de conformidad con lo previsto en la presente ley.”*

De esta manera, se institucionalizó en el país y en los consultorios jurídicos de las universidades la práctica de la conciliación, y por ende la creación de los espacios idóneos para conciliar de manera gratuita.

Este artículo 68 de la ley 23 de 1991 entra en total armonía con el art. 72 de la misma norma, en la que establece el rol que cumplen los consultorios jurídicos de las universidades y las fundaciones, las cuales prestarían este servicio social de manera gratuita, estableciendo que se debía determinar un listado de conciliadores (abogados titulados, salvo en los casos de los consultorios jurídicos), a lo cual se

suma la regulación y determinación de los requisitos que deben reunir las causas de exclusión de las conciliaciones, los trámites de inscripción, las formas de hacer la designación, las tarifas de honorarios de la conciliación, los gastos administrativos, las normas administrativas aplicables al Centro y la forma de designar al director y secretario, sus funciones y facultades, especificando que el director del Centro de Conciliación era el mismo director del Consultorio Jurídico .

Todo lo anterior hizo necesaria la implementación de capacitaciones para estudiantes practicantes obedeciendo a los lineamientos establecidos en la Ley 23 de 1991, lo cual en efecto se puso en marcha en la facultad, con el Centro de Conciliación Luís Fernando Vélez Vélez, cuyo nombre surge en honor a uno de los profesores de la facultad de derecho, asesinado siendo presidente del capítulo de Derechos Humanos de Antioquia.

Ante la imperante necesidad de brindar el servicio de conciliación a la comunidad, el papel de la Facultad ha sido trascendental, ya que ha dispuesto las herramientas pedagógicas para la respectiva formación en la materia de sus docentes, profesionales y practicantes, esto con el fin de cumplir con los parámetros establecidos en la norma.⁶

En cuanto a los asuntos que conoce el Centro de Conciliación desde la expedición de la Ley 640 de 2001, cabe resaltar que dicho Centro empezó a conocer y tramitar asuntos en materia de familia, civil y comercial. Tiempo después mediante Resolución No. 018, del 24 de septiembre de 2003, del Consejo de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, se aprobó el reglamento del Centro, y el manual de procedimientos.

En Diciembre del 2003 mediante resolución expedida por Ministerio del Interior y de Justicia, fue autorizada la adecuación del funcionamiento del Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez”, con ocasión a los requerimientos establecidos en el artículo 91 de la Ley 446 de 1998.

El Centro, como institución ha sido ejemplo a seguir dentro de la comunidad universitaria, ya que bajo Resolución Académica No. 1774, del 22 de septiembre de 2005, el Consejo Académico de la Universidad de Antioquia, le concedió al Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” el reconocimiento “*Presencia de la Universidad en la Sociedad*” en la categoría Oro, momento en el cual ejercía como coordinador del Centro el Dr. Miguel Ángel Montoya Sánchez. (Consultorio Jurídico “Guillermo Peña Álzate, 2011).

6 Se hace referencia al artículo 13 de la ley 640 de 2001 y demás normas complementarias. A propósito de los diplomas en conciliación ofrecidos para docentes, estudiantes practicantes y abogados titulados.

En cuanto a lo que se refiere a las audiencias de conciliación en materia de familia, desde el año 2009 hasta el día de hoy, se instaura la colaboración interdisciplinaria, por acuerdo entre la coordinación del centro de conciliación, a cargo de la Dra. Ana Milena Monsalve Flórez y la coordinación del programa PAIFUCJ (Programa de Atención Integral para las Familias Usuarias del Consultorio Jurídico), hoy CAF (Centro de atención familiar) a cargo de la Dra. Amparo Urrea, para lo cual se vincula la participación de practicantes de derecho matriculados en civil I y II, y los practicantes de último año de psicología o trabajo social de la misma universidad.

“Se hace necesario, entonces que la conciliación, entendida como una forma eficiente de abordar un aspecto importante de la problemática social: el conflicto, sea igualmente asumida como una figura que puede desplegarse en el entramado de lo interdisciplinario, en donde la lectura de las realidades sociales obedezca a las diferentes visiones que se tiene del mundo en áreas tan independientes, pero tan afines, como la psicología, el trabajo social y la comunicación social.” (Montoya, 2011, pág.70)

Actualmente el Centro de Conciliación se encuentra adecuado según las normas y bajo los lineamientos de las políticas del Ministerio del Interior y de Justicia y se puede acceder a él fácilmente, toda vez que está ubicado en el centro de la ciudad de Medellín.

5. IMPLEMENTACIÓN DE LA POLÍTICA PÚBLICA DEL MINISTERIO DE JUSTICIA EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN LUIS FERNANDO VÉLEZ VÉLEZ

En la búsqueda por la comprensión del problema del acceso a la justicia y la implementación de fórmulas de descongestión judicial que a la vez brinden a los ciudadanos alternativas para resolver los conflictos de manera pacífica, es necesario reconocer que la justicia se ha convertido en un recurso escaso y exclusivo de unos pocos. Frente a esto se percibe que

“durante la última década del siglo pasado, se llevó a cabo una serie de reformas encaminadas a informalizar la justicia, de las cuales resultó alguna innovación institucional (a veces realizada y a veces sólo proyectada) materializada en figuras tales como la acción de tutela, las acciones populares, la conciliación en equidad, los jueces de paz, las casas de justicia” (Santos, 2009, pág. 77)

Sousa describe el surgimiento de lo anteriormente mencionado como fenómenos de “*informalización de la justicia*”, pues para él esto se constituye como una *dualidad*

entre un sistema formal y un sistema informal, del cual las formas alternativas de justicia aquí mencionadas hacen parte. También Sousa describe la justicia en Colombia, como un “*panorama de justicias muy amplio*”, lo cual es muestra fehaciente de que la desigualdad es un rasgo muy marcado de la justicia en Colombia, de lo cual surgen las alternativas mencionadas, como una salida ante la congestionada justicia exclusiva de unos pocos que pueden incurrir en costosos gastos.

“La extraordinaria fragmentación del campo jurídico y las complejas articulaciones entre los ordenamientos jurídicos que lo componen son el otro lado de la fragmentación del poder político y administrativo del Estado Colombiano. Esta compleja constelación de juridicidades en competencia no se encuentra distribuida equitativamente en la sociedad Colombiana. Existe una división social del trabajo jurídico a partir de la cual diferentes clases y grupos sociales tienen acceso a diferentes ordenamientos jurídicos.”
(Santos, 2009, pág. 77)

El panorama de conflictos que dan lugar a la necesidad de justicia es también muy amplio, pero sin llegar a profundizar en esos terrenos, se puede deducir que para su oportuna solución, estos requieren el acceso y la disponibilidad de bienes escasos, algunos como el estatus socio-económico, riquezas o dominio de territorios. (Montoya, 2011, pág. 19)

En torno a lo anterior y con la orientación de rendir con calidad y eficiencia cada uno de los procesos al interior del Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez, se han implementado las políticas establecidas por el Ministerio de Justicia, como una política pública que se ha diseñado con el fin de obtener calidad y eficiencia por parte de los Centro de Conciliación.

La plataforma virtual (www.conciliación.gov.co) es parte esencial en ese proceso, ya que a través de ella se registran los casos diariamente, esto con el propósito de llevar un registro detallado del proceso y del seguimiento de dichos casos luego de los acuerdos conciliatorios, ya se trate de acuerdos parciales o totales.

A nivel gubernamental, las decisiones que surgen como respuesta a las necesidades respecto al tema de la conciliación y la implementación de métodos alternativos de justicia se pueden encontrar de manera detallada en la plataforma virtual (www.conciliación.gov.co) además de doctrina, sentencias, leyes y todo lo que gira alrededor de la conciliación. Adicional a esto, se encuentra el registro de estadísticas a nivel nacional, lo cual puede ser consultado en cualquier momento por todos los ciudadanos.

Para analizar la política pública nacional que implementó el Ministerio de Justicia en el 2009 relativa a la conciliación, es indispensable analizar las normas que hacen

parte del contexto socio-temporal, así como exponer el panorama del acceso a la justicia en el periodo del 2009 al 2011.

Inicialmente se acude al estudio de algunas sentencias constitucionales, porque estas manifiestan el desarrollo de un tema de suma importancia y objeto de protección Constitucional. En el caso de la Sentencia C-037/96, se establece la presencia de barreras al acceso a la justicia, ante lo cual, expresa que los ciudadanos:

“encuentran barreras de muy diversa índole. En primer lugar, el costo de la asistencia profesional; en segundo, los costos mismos del proceso. [, y en últimas, , otras múltiples] situaciones [...] que hacen más complicado el acceso a los tribunales, como la lejanía geográfica y la falta de recursos para transportarse constantemente del domicilio al juzgado.

La conciliación es el medio más idóneo, para personas con escasos recursos o con barreras culturales y sociales; pues en tales casos la conciliación se constituye en la forma más pronta y efectiva de acceder a la justicia:

“Cuando los litigantes son personas de escasos recursos, sin duda alguna la mediación y la conciliación [y en general los MARC,] resultan procedimientos idóneos [y eficientes], dado que permiten a las partes, en poco tiempo, sin requerir de abogados ni pagar los gastos de un proceso, resolver su controversia de forma acordada y pacífica.

Es evidente que los medios alternativos de resolución de conflictos no buscan sustituir a la jurisdicción [...], sino permitir a los ciudadanos contar con una forma distinta, que se acomoda mejor a cierto tipo de litigios y que, además, permite un respiro al Poder Judicial respecto al aumento incesante de la carga de trabajo. Además, se trata de atacar, el problema de fondo, [pues] la mediación y la conciliación cumplen la importante función de enseñar a los ciudadanos las bondades de la convivencia social y del diálogo como efectivo resolutor de problemas. Empíricamente podemos suponer que un ciudadano que resolvió un problema en poco tiempo y con un gasto [menor] mediante el uso de un medio alternativo, no sólo lo va a recomendar con sus allegados, sino que, en caso de tener un nuevo litigio, sabrá que no es el proceso judicial el único modo de resolverlo. (Vado, 2003)

El panorama que comprende ese espacio-temporal no ha variado mucho, para el 2009, Sousa Santos, delimitó un panorama no muy alentador respecto a la implementación de las políticas de descongestión judicial, aplicadas en el contexto subnacional, “En lo que respecta al pluralismo jurídico subnacional, los ordenamientos jurídicos no oficiales son por lo general informales [...] La justicia comunitaria cívica tiende a ser muy informal” (Santos, 2009, pág. 77)

Luego del diagnóstico desalentador que propone Santos, echando un vistazo a la justicia y su acceso en Colombia, se puede deducir de esto, que el alcance funda-

mental de la política pública más que destinar recursos para solucionar problemas de manera coyuntural, lo que persigue es que a través de dichas políticas se den transformaciones de fondo, es decir, se de lugar a que entre los ciudadanos se adquieran nuevas formas de alcanzar el bienestar a través de nuevas maneras de administrar justicia.

En la medida en que se implemente una cultura que rompa con los paradigmas de lo que se conoce como administración de justicia, se dará lugar a un nuevo concepto de ciudadanía.

“Una política de Estado requiere del trabajo compartido entre todos los sectores sociales y sus planteamientos no deben estar atenuados a los tiempos administrativos de las instancias del gobierno. Las causas que intervienen en los procesos de marginación son tantas y tan diferentes que es necesario crear políticas y procesos para cada microrregión en particular, respetando siempre, la idiosincrasia y la cosmovisión de las comunidades” (Sojo, 2006, pág. 268)

Los beneficios de estos mecanismos alternativos, son significativos cuando dan lugar a resultados más rápidos y económicos que los conseguidos luego del litigio:

“El fortalecimiento de los mecanismos alternativos al proceso para la solución de los conflictos era congruente con la Constitución y que con ellos se desarrolla, implementa y consolida la política de mejorar los principios de eficiencia y de libre acceso a la administración de justicia.” (Junco, 2002, pág. 79)

A propósito de los centros de conciliación, en la Sentencia SU-600/1999, establece que los centros de conciliación ejercen funciones públicas. En esta sentencia la corte señala que los centros de conciliación “no deben ser interpretados solamente como una manera de descongestionar el aparato de justicia sino también, y principalmente, como una forma de participación de la sociedad civil en los asuntos que la afectan”. Por su parte en la sentencia C-1195/01, en lo que se refiere a los fines del estado, la Corte Constitucional considera que:

“Varios son los fines que se pretende alcanzar con la conciliación prejudicial obligatoria, a saber: (i) garantizar el acceso a la justicia; (ii) promover la participación de los individuos en la solución de sus disputas; (iii) estimular la convivencia pacífica; (iv) facilitar la solución de los conflictos sin dilaciones injustificadas; y (v) descongestionar los despachos judiciales.”

La Corte en dicha sentencia define la conciliación “como un mecanismo de acceso a la justicia”, pues la conciliación constituye una oportunidad para resolver de manera rápida un conflicto, y a un menor costo, en comparación a la justicia formal.

La conciliación promueve la participación de los particulares en la solución de controversias, bien sea, como conciliadores, o como gestores de la resolución de sus propios conflictos, por ello se ha calificado la conciliación como mecanismo de autocomposición. Sin embargo, más allá de los costos, las políticas públicas de promoción de la conciliación y de los centros de conciliación tienen su razón de ser en alcanzar de alguna manera la “*convivencia pacífica*”, lo cual constituye uno de los fines esenciales del Estado.

La iniciativa de las partes para conciliar, implica de alguna manera, una razón suficiente, para ver en la conciliación la virtud de solucionar controversias de una manera sana y pacífica, a la vez que propugna por superar la cultura del litigio, tan presente en la academia.

Con la Ley 1285 del 2009 que modifica la Ley 270 de 1996 se establecen algunos lineamientos sobre los cuales se van a desarrollar las políticas de descongestión judicial en el año 2009 y siguientes. En primer lugar se establece la *celeridad* y la *oralidad* como mecanismos de descongestión:

” La administración de justicia debe ser pronta, cumplida y eficaz en la solución de fondo de los asuntos que se sometan a su conocimiento. Los términos procesales serán perentorios y de estricto cumplimiento por parte de los funcionarios judiciales. Su violación injustificada constituye causal de mala conducta, sin perjuicio de las sanciones penales a que haya lugar. Lo mismo se aplicará respecto de los titulares de la función disciplinaria.”

Por otro lado, se ordena dentro del presupuesto una partida equivalente hasta el 0.5% del P. I. B. de acuerdo con las disponibilidades presupuestales, el Marco Fiscal de Mediano Plazo y el Marco de Gastos, para desarrollar gradualmente la incorporación de la oralidad en todos los procesos judiciales regulados por la ley en procura de la ejecución de los planes de descongestión judicial.

Artículo 6o. Gratuidad. La administración de justicia será gratuita y su funcionamiento estará a cargo del Estado, sin perjuicio de las agencias en derecho, costas, expensas y aranceles judiciales que se fijen de conformidad con la ley.

No podrá cobrarse arancel en los procedimientos de carácter penal, laboral, contencioso laboral, de familia, de menores, ni en los juicios de control constitucional o derivados del ejercicio de la tutela y demás acciones constitucionales.

Tampoco podrá cobrarse aranceles a las personas de escasos recursos cuando se decrete el amparo de pobreza o en aquellos procesos o actuaciones judiciales que determinen la ley”⁷

7 Aparte del texto de la Ley 1285 del 2009 que modifica la Ley 270 de 1996.

Lo anterior se establece en beneficio de la población más vulnerable, en este caso el Centro de Conciliación de la Universidad de Antioquía en desarrollo de esta política y su evolución normativa, realiza una función social con profundo impacto dentro de la comunidad perteneciente a los barrios más pobres de Medellín y del Valle de la Aburrá.

En lo que se refiriere a los mecanismos alternativos de solución de conflictos, la ley dispone la manera en la cual se podrán establecer dichos “mecanismos alternativos” al proceso judicial para solucionar los conflictos que se presenten entre los asociados y señalará los casos en los cuales habrá lugar al cobro de honorarios por estos servicios.

“Excepcionalmente la ley podrá atribuir funciones jurisdiccionales a ciertas y determinadas autoridades administrativas para que conozcan de asuntos que por su naturaleza o cuantía puedan ser resueltos por aquellas de manera adecuada y eficaz”⁸

Cabe establecer aquí, la importancia de estos métodos alternativos de resolución de conflictos, ya que al otorgarles a los particulares la potestad de resolver controversias se les entrega la facultad de administrar justicia, la cual era un asunto inicialmente de exclusividad de los jueces.

Actualmente se da de manera paulatina el proceso de descongestión judicial, aunque dicha política implica una profunda transformación en la manera de entender no sólo el acceso a la justicia como derecho de acción, sino también, en lo procedimental el uso de los instrumentos que garantizan el acceso a esta, es decir las tradiciones en las instituciones, lo cual implica una metamorfosis de todo lo que se conoce al respecto a nivel procesal.

Como es de apreciar, la incorporación de la conciliación como mecanismo alternativo de solución de conflictos, no es una política de los últimos años, sino que desde la expedición de la Carta política se ha generado la necesidad de establecer una terminación extraprocesal de los conflictos. En la última década se ha fortalecido la aplicación de los métodos alternativos de solución de conflictos con aparición de la Ley 640 de enero 5 del 2001, lo cual ha dado lugar a que se acentúe la cultura de acudir a dichos mecanismos de solución.

8 Aparte del artículo 3 de la Ley 1285 del 2009 que modifica la Ley 270 de 1996.

6. ANÁLISIS DEL EMPLEO DE LA CONCILIACIÓN EN EL CENTRO DE CONCILIACIÓN DURANTE EL PERIODO COMPRENDIDO ENTRE EL 2009 Y EL 2011: ESTADÍSTICAS Y ANÁLISIS DEL PERIODO DEL 2009 AL 2011 (RESULTADOS Y HALLAZGOS)

Es de obligatorio cumplimiento para las instituciones que prestan sus servicios a través de los centros de conciliación, el reportar de manera oportuna los casos, ya que esto es requerido dentro de las políticas de control a nivel nacional. Adicionalmente, es indispensable llevar y reportar el seguimiento de los acuerdos conciliatorios realizados, ya sean totales o parciales.

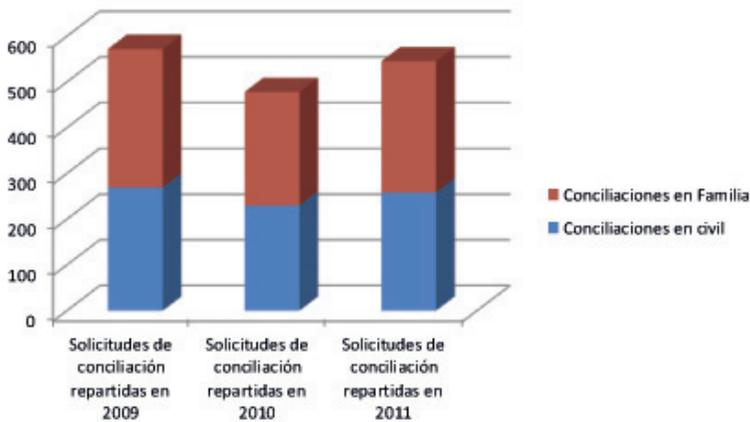
El Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez, ha permitido a cientos de usuarios acceder de manera gratuita a este mecanismo alternativo de solución de conflictos, y toda vez que dicho servicio se presta a la comunidad de manera gratuita, es menester resaltar, que la población favorecida con dicho servicio han sido personas y familias de estrato uno y dos, y por excepción, algunas familias de los estratos tres.

En la conciliación interviene un tercero imparcial denominado conciliador quien procura por que las partes lleguen a una solución adecuada del conflicto sin tener que acudir a las esferas judiciales. La solución a dicho conflicto dada por las partes en la conciliación tiene todos los efectos de cosa juzgada, generando fuerza vinculante entre las partes, quienes se obligan a lo dispuesto en la audiencia de conciliación correspondiente. No obstante lo anterior, la conciliación no es el único mecanismo de solución alternativa de conflictos que se ofrece a la comunidad, pues en el consultorio jurídico también se puede acudir a la solución de los mismos mediante los mecanismos de la transacción y la mediación.

El Centro de Conciliación de la Universidad de Antioquia viene prestando sus servicios gratuitamente desde 1991, sin embargo como referente para ilustrar el trabajo que se ha hecho en dicha dependencia del Consultorio Jurídico de la Universidad de Antioquia, se presentará a continuación un análisis cuantitativo y cualitativo del trabajo realizado en este Centro de Conciliación entre 2009 y 2011 según datos estadísticos proporcionados por dicho Centro de Conciliación de la Universidad de Antioquia.

RESULTADO DEL ESTUDIO COMPARATIVO DEL PERIODO QUE COMPRENDE DEL AÑO 2009 AL AÑO 2011

	Conciliaciones en civil	Conciliaciones en Familia
Solicitudes de conciliación repartidas en 2009	269	303
Solicitudes de conciliación repartidas en 2010	230	248
Solicitudes de conciliación repartidas en 2011	258	287



En la búsqueda por responder a la pregunta que da lugar a la investigación de la referencia, se abren múltiples posibilidades para abordar el problema objeto de esta investigación. En primer lugar, el considerar este asunto como una cuestión económica; las políticas públicas surgen de las necesidades de un país, y en este caso de una comunidad, la cual ante la crisis requiere intervención oportuna del Estado.

De la mano de esta consideración, cabe anotar, que en segundo lugar, dichas políticas públicas también responden a los cambios sociales y culturales propios de cada generación, ya que en la mayoría de las veces las medidas gubernamentales y legislativas responden de manera coyuntural a los problemas que requieren soluciones de raíz.

El caso de la descongestión judicial es más que un problema de procesos en masa, es la descripción de un problema cultural propio de los colombianos y es la tendencia a solucionar los conflictos peleando o llegando hasta las últimas instancias, de manera contenciosa y destruyendo relaciones.

La Constitución de 1991 enuncia cambios políticos que son fruto de las luchas de movimientos sociales y que responden a la búsqueda de transformaciones culturales que reprochan una comprensión unilateral de la realidad. En la Constitución se plasma la idea de la participación ciudadana, de la integración de lo político con la comunidad y la creación de espacios en los que los ciudadanos puedan hacer parte activa de la sociedad.

Es así como surge con fuerza activa la conciliación, como un escenario que más que constituirse en un modo de justicia informal y de descongestión judicial, se convierte en una política pública de formación ciudadana, en la cual juegan un

papel preponderante una serie de valores que cumplen un propósito trascendental, valores que rescatan los fines del Estado y la construcción del tejido social, y que a la vez permiten a los ciudadanos el acudir a medios de participación en los que pueden acceder de manera más pronta a una forma más rápida de administración de justicia.

Los centros de conciliación son un espacio en donde los abogados son facilitadores, servidores y pacificadores, un lugar donde todos ganan, donde los abogados se desprenden de la incomprensible jerga jurídica bajando al lenguaje cotidiano, que mantiene un código semántico común a las partes en conflicto, convirtiéndose en ciudadanos dispuestos a cumplir los fines del Estado, quitando ciertos adornos dogmáticos que alejan a los ciudadanos y a la comunidad, de una concreción de justicia, apropiándose de sus derechos y de sus formas de participación.

7. LA PROPUESTA DE LA CONCILIACIÓN COMO FORMACIÓN CIUDADANA

Considerar la conciliación desde una mirada que supera los lineamientos de la política de descongestión judicial y que la define como un mecanismo de participación ciudadana, es una concepción ideal para la comprensión de la conciliación en toda su dimensión, pero para llegar a ese nivel de entendimiento se requiere inicialmente reconocer el problema de la cultura litigiosa desde la academia.

Dada la necesidad latente de darle un sentido diferente al concepto, práctica y formación en materia de conciliación, surge la alternativa de abordar esta problemática, girando al alrededor de cómo se ve la conciliación desde el punto de vista del alcance y el impacto social que dicha forma de justicia trae no solo en la sociedad, sino también dentro de la comunidad académica, de la cual surgen a diario nuevos profesionales del derecho.

Al iniciar el 2009 se puso en marcha la política de colaboración e intercambio de experiencias interdisciplinarias en el centro de conciliación, por medio de encuestas realizadas a los estudiantes, se pudo evidenciar cierta resistencia inicial ante la posibilidad de compartir el espacio del desarrollo de la conciliación, con otros practicantes de psicología y trabajo social. Sin embargo era de resaltar que la presencia de un practicante de psicología o trabajo social, podían de alguna manera suavizar el lenguaje agresivo dándole a entender al usuario que no está frente a una demanda, ni frente a un despacho judicial, para lo cual se disponía de un ambiente armónico en donde se diera lugar al trámite conciliatorio. Desde esa óptica la conciliación se mira desde el análisis de las necesidades latentes que cul-

turalmente llevan a los individuos a reaccionar de una manera determinada frente a una contienda por intereses.

Para esto es necesario construir un panorama que lleve al usuario y por extensión al lector a entender que la conciliación concreta una política de formación ciudadana, que confiere una forma de justicia que sirve para combatir el problema arraigado de la violencia que sufre Colombia desde hace varias décadas.

Desde el análisis de los sujetos que intervienen en la conciliación y que acuden al Centro, se construye una reflexión de los aspectos culturales y sociales a partir de los cuales se puede dar lugar a entender porqué en Colombia opera la cultura del litigio. En este caso, el objetivo de la investigación aquí mencionado cobra un sentido diferente cuando se puede mirar con otra perspectiva el concepto y alcance de la conciliación.

La propuesta investigativa parte inicialmente del estudio del sistema de valores encaminados a formar ciudadanos (el diálogo, la tolerancia, el perdón...), en donde prima la formación ciudadana que supera los tecnicismos que limitan los alcances de esta forma de justicia alternativa.

Del considerar la conciliación como una política de formación ciudadana, se espera de alguna manera un impacto positivo dentro de la comunidad académica, la cual tendrá que cuestionar la manera como se aborda la formación de conciliadores y el aporte interdisciplinario que se da a los centros de conciliación. Así, con respecto a la conciliación lo que inicialmente se buscaba era dar razones de las políticas públicas de descongestión judicial y la pertinencia y el alcance de estas, en el evento que se opte por esta como el mejor mecanismo de solucionar controversias, sin embargo, la verdad negociada y los frutos de esta van mas allá de una simple perspectiva de descongestión judicial.

El propósito fundamental de la conciliación desde la perspectiva del Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez es fomentar la formación ciudadana. Esto implica reconocer que la problemática de la congestión judicial es más que un problema de procesos en masa, pues en realidad atiende a un problema de cultura litigiosa, propio de los colombianos. La formación ciudadana no solo ha de verse desde la perspectiva de la cultura de solución pacífica de conflictos por parte de la población, sino también desde la formación de los abogados mismos, quienes cada vez mas son insertados en la cultura de la conciliación.

“Los individuos, sostiene Bourdieu, cuando ejercen la posibilidad de elegir y tomar decisiones, lo hacen con base en valoraciones aprehendidas como consecuencia de las experiencias de vida en los procesos de socialización y educación. En tal sentido, se entiende por habitus, el conjunto de predisposi-

ciones y disposiciones que tienen los individuos y en virtud del cual establecen clasificaciones y valoraciones del mundo, y que finalmente consolidan la elaboración de estilos de vida. Este concepto resulta útil en la medida que los procesos educativos universitarios curriculares y no curriculares, inciden también en el aprendizaje de símbolos y sistemas de valores que son adquiridos por los estudiantes y reforzados en la vida profesional, ya como abogados practicantes, ya como funcionarios, ya como profesores". (Gómez, 2004)

La conciliación es la primera alternativa para solucionar el conflicto, es un proceso pedagógico en el que se encamina a las partes a buscar alternativas de solución.

El panorama de la conciliación es el espacio donde se cultivan los valores preponderantes de la sociedad, así el conciliador es un orientador que propone unas reglas del juego en donde priman el respeto y la consideración del otros de acuerdo a su perspectiva, pues es trascendental su visión del problema, pero también es de considerar que la otra parte, a su vez, se hace una idea diferente de la situación.

El espacio de formación ciudadana se da en la medida en que las partes estén dispuestas a construir pese a sus intereses, una salida, en la cual se de lugar a una reflexión encaminada a la sana y pacífica convivencia, lo cual a su vez cimenta las bases para la construcción de la ciudadanía. La conciliación es el espacio que se construye para el diálogo y configura a su vez un "juego de roles" en el cual cada parte es protagonista en su propia historia, en donde se construye un escenario para manifestar lo que la parte siente y hace parte de sus vivencias respecto al conflicto, en donde hay un ánimo de escucha y respeto por las opiniones, poniéndose en consideración el dar lugar a la comprensión y al consecuente acuerdo.

El Centro de Conciliación primeramente tiene una función social, es un espacio multicultural donde se reciben respetuosamente las personas sin ninguna discriminación, salvo que solo se atiende a población mas pobre, niveles socioeconómicos 1 y 2 y excepcionalmente 3, es decir, la población mas marginada que difícilmente puede acceder al aparato judicial.

8. CONCLUSIÓN

La sociedad necesita espacios para la construcción ciudadana de la paz, como presupuesto para combatir la violencia. El no tener dichos espacios es negar la potencialidad de la sociedad civil para generar cultura pacífica desde las células mismas del conflicto como son las familias, los vecindarios, la empresa o los barrios. Frente a esto es de comprender que la violencia no solo consiste en uso de la fuerza con la finalidad de obtener determinada cosa de uno o varios sujetos, pues,

la violencia no se concreta en un acto como tal, sino que también es un “*dejar de hacer*” o un “*no dejar hacer*”.

En ese sentido los gobiernos a nivel local o regional no deben pasar por alto la necesidad de implementar políticas públicas que fortalezcan el trabajo de los centros de conciliación, que tienen gran impacto sobre la población pobre o de escasos recursos, pues, el no diseñar y ejecutar dichas políticas generarían un panorama potencial de violencia, pues al pasar por alto dicha necesidad se incurriría en una gran omisión a un requerimiento social de vital importancia, pues se dejaría de desarrollar una gran herramienta para la formación ciudadana en el tema de la paz y convivencia como lo es la conciliación, mas aun cuando se trata de una población pobre, vulnerable o de escasos recursos en donde es necesario contrarrestar la justicia por propia mano imperante por la acción de pandillas o bandas criminales.

El impacto social de los centros de conciliación de las universidades y concretamente del Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez, requieren la valoración de cada conflicto de manera integral e interdisciplinaria, de ahí que sea una premisa para dichos Centros el establecer relaciones con otros saberes como ciencia política, filosofía, sociología, trabajo social y otros, de tal modo que se dé lugar a un diálogo interdisciplinario orientado a tratar el conflicto de manera formal y material.

Las universidades en general deben cumplir una función de proyección social independientemente que sean instituciones públicas o privadas, por lo cual el profesional en formación debe estar interesado en prestar un servicio profesional de alta calidad a las personas necesitadas o de escasos recursos, los centros de conciliación de las universidades proporcionan ese espacio de formación para el futuro profesional, de ahí, que sea de suma importancia el fortalecer dicha labor de las universidades por medio de la implementación de políticas públicas que tiendan a fomentar el crecimiento e impacto de dichos centros, lo cual debe ser un interés prioritario a nivel local, regional y nacional.

9. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERLIN George Crowder, GALLEGO Gloria María, LÓPEZ, Liliana María, MONTE-NEGRO, Santiago: “ISAIAH BERLIN: Utopía, tragedia y pluralismo”; Editorial: Fondo Editorial Universidad Eafit, 2010.

CONSULTORIO JURÍDICO “GUILLERMO PEÑA ALZATE” Presentación e informe de sus programas y actividades” Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas-Consejo de facultad: Octubre de 2011.

- GÓMEZ, Gabriel Ignacio, “La Investigación, La Producción Y Las Prácticas Del Saber Jurídico En La Facultad De Derecho De La Universidad De Antioquia”, 2004.
- CORREA Diana Ximena “La resolución de conflictos según la equidad” Sociología jurídica: Análisis del control y del conflicto sociales. Universidad Externado de Colombia, Octubre 2003.
- JUNCO Vargas, José Roberto “La conciliación” Editorial TEMIS, cuarta edición, Bogotá Colombia, 2002.
- GONZÁLEZ Jorge Iván- PÉREZ SALAZAR Mauricio -COMPILADORES PLURALISMO, LEGITIMIDAD Y ECONOMÍA POLÍTICA. Ensayos críticos sobre la obra de John Rawls; Universidad Externado de Colombia, 2008.
- GRUESO Delfín Ignacio, La filosofía y la política en el pluralismo: La meta filosofía del último Rawls; Editorial: Siglo del hombre Editores-2008.
- MONTOYA SÁNCHEZ, Miguel Ángel; SALINAS ARANGO, Natalia Andrea; OSORIO SALAZAR, Berta Fanny; MARTÍNEZ MONSALVE, Sandra María. Teoría y Práctica de la Conciliación. Primera Edición. Editorial Universidad de Antioquia. 2011.
- PÉREZ RESTREPO, Bernardita, “La conciliación, su origen y sus características” En: Memorias quinta cohorte diploma en conciliación, Medellín, 2005, Facultad de derecho y ciencias políticas, CD.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “Sociología jurídica crítica”, Bogotá ILSA, 2009.
- SOJO Garza; Eduardo, “Políticas públicas en democracia”, Editorial Fondo de Cultura Económica, México D.F. 2006.
- VADO Grajales, Luis Octavio, “Medios alternativos de resolución de conflictos. Mecanismos para ejercer la justicia a la sociedad, escuela Nacional de la Judicatura, República Dominicana, 2003, disponible en: <http://enj.org/portal/biblioteca/penal/rac/75.pdf> y en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2264/19.pdf>
- Página web-www.conciliación.gov.co
- República de Colombia, Ley 1285 del 2009 que modifica la Ley 270 de 1996.



Título: Nakak Makú
Técnica: Acrílico sobre lienzo
Dimensión: 60 x 50 cm
Año: 2013

LAS MODULACIONES DE CONTENIDO O SENTENCIAS MANIPULATIVAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. UNA TIPOLOGÍA MEDIADA POR LA DISTINCIÓN ENTRE ENUNCIADO NORMATIVO Y NORMA*

* Este artículo es producto de la participación de su autor en calidad de auxiliar investigativo en el proyecto de investigación terminado: “*Analizando el discurso jurídico epistemológico. Un análisis de los saberes jurídicos generales y sus relaciones discursivas en la epistemología jurídica contemporánea*”. Aprobado por el comité para el desarrollo de la investigación (CODI) de la Universidad de Antioquia, y adelantado en el grupo de Investigación “Saber, poder y derecho”, línea de investigación en Filosofía del Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. A cargo del investigador principal Roberth Uribe Álvarez. Artículo aprobado como trabajo de grado y ganador de la distinción meritoria otorgada a través de la Resolución N° 16 de 2012 del Consejo de Facultad, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: febrero 22 de 2014

Fecha de aprobación: abril 11 de 2014

LAS MODULACIONES DE CONTENIDO O SENTENCIAS MANIPULATIVAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. UNA TIPOLOGÍA MEDIADA POR LA DISTINCIÓN ENTRE ENUNCIADO NORMATIVO Y NORMA

*Kennier José Garay Herazo***

RESUMEN

Este artículo realiza una aproximación descriptiva a las técnicas de modulación de contenidos de las sentencias de constitucionalidad, a partir de la distinción entre enunciado normativo y norma. Se parte de una aproximación a los antecedentes de la modulación de sentencias en el derecho comparado y en el derecho colombiano. Se elabora un esbozo teórico de la distinción aludida y su recepción en la Corte Constitucional. Por último, se propone y desarrolla una tipología de la modulación de contenidos agrupada en la categoría de sentencias manipulativas, conformada por tres tipos de sentencias: las interpretativas o condicionadas, las aditivas o integradoras y las sustitutivas.

Palabras clave: Modulación de sentencias, enunciado normativo, norma, Corte Constitucional, distinción, interpretativas, aditivas, sustitutivas.

CONTENT MODULATIONS OR MANIPULATIVES JUDGMENTS IN THE COLOMBIAN CONSTITUTIONAL COURT. A TYPOLOGY MEDIATED BY THE DISTINCTION BETWEEN A NORMATIVE STATEMENT AND NORM

ABSTRACT

This article achieve a descriptive approximation to the contents modulation techniques about constitutionality judgments, from the distinction between normative statement and norm. It begins from an approximation to the judgments modulation background in comparative jurisprudences and Colombian law. Work up a theorist outline about the aforementioned distinction and it receiving in the Constitutional Court. Finally, Propose and develop a typology about content modulation included in manipulatives judgments category, composed of three types of judgments: interpretatives or conditioned judgments, additive or integrative judgments and replacement judgments.

Keywords: judgments modulation, normative statement, norm, constitutional court, distinction, interpretatives, additives, replacements.

** Abogado de la Universidad de Antioquia, profesor de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia. Estudiante de Ciencia Política, Universidad Nacional de Colombia, sede Medellín. e-mail: kennier.garay@udea.edu.co

LAS MODULACIONES DE CONTENIDO O SENTENCIAS MANIPULATIVAS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. UNA TIPOLOGÍA MEDIADA POR LA DISTINCIÓN ENTRE ENUNCIADO NORMATIVO Y NORMA

El lenguaje es un laberinto de caminos. Vienes de un lado y sabes por dónde andas; vienes de otro al mismo lugar y ya no lo sabes.

Ludwig Wittgenstein.

INTRODUCCIÓN

Este artículo se elabora con la intención de realizar una aproximación teórico-descriptiva a las técnicas de modulación de contenidos de las sentencias de constitucionalidad o sentencias manipulativas que son empleadas en el control de constitucionalidad en Colombia por parte de la Corte Constitucional¹, a partir de la distinción de la teoría general del derecho entre enunciado normativo y norma, como postulado cimentador de las mismas, que dé cuenta de sus contenidos, tipologías e implicaciones instrumentales y sustanciales.

El estudio planteado se aborda teniendo en cuenta la implementación del nuevo sistema jurídico establecido por la Constitución colombiana de 1991, con la que se aumentaron los interrogantes en torno a la interpretación constitucional, generando –en sus primeros años– posiciones encontradas entre quienes asimilaban la interpretación de la Constitución a la de la ley y, con ella, la aplicación de sus métodos tradicionales de interpretación², frente a los que consideraban que la interpretación constitucional debido a su naturaleza jurídico-política debía desarrollarse con mayor rigurosidad e intensidad (Tobón, 2001, p.161).

La Corte Constitucional Colombiana no es ajena a los debates referidos, puesto que, al dar trámite a la acción pública de inconstitucionalidad, realiza revisiones de preceptos, frases, fragmentos, enunciados, interpretaciones e inclusive omisiones

1 Por regla general se alude al control de constitucionalidad realizado a las leyes, no obstante, también queda cobijado el control realizado sobre los actos del ejecutivo cuando funge como legislador excepcional y las revisiones de constitucionalidad de los actos reformativos de la Constitución.

2 Se hace alusión aquí a los métodos de interpretación gramatical, histórico, teleológico y sistemático y a las reglas de jerarquía, especialidad, y posterioridad; empleadas en resolución de los conflictos hermenéuticos entre leyes.

en el rango legal, las cuales involucran varias técnicas, teorías y procesos de interpretación constitucional necesarios para emitir resultados en instancia de control de constitucionalidad, respecto de los que –muchas veces- no son claros sus alcances, efectos y contenidos normativos. Por dicha razón, este artículo pretende realizar una descripción en perspectiva cualitativa, que proporcione elementos para un mejor entendimiento, estudio y empleo de las sentencias de constitucionalidad con modulaciones de contenido en el ordenamiento jurídico colombiano.

Para la consecución del objetivo propuesto, se realiza un acercamiento en tres capítulos: en el primero se describen los antecedentes y fundamentos de las técnicas generales de modulación desde algunos referentes del derecho comparado y luego desde el derecho colombiano. En el segundo; se esboza una construcción teórica sobre la distinción entre enunciado normativo y norma, a propósito de su papel cimentador en las técnicas de modulación de contenido y se describe de la recepción que esta ha tenido en la Corte Constitucional. Por último, en el tercer capítulo, se esboza una presentación y ejemplificación de las tipologías de modulación de contenidos o de las sentencias manipulativas en Colombia, la cual comprende tres tipos, entre ellas, las sentencias condicionadas o interpretativas, las sentencias aditivas o integradoras y las sentencias sustitutivas.

En cuanto a los procesos que dieron pie a este artículo cabe mencionar que responde a la metodología general que se empleó en el desarrollo del proyecto de investigación “Analizando el discurso jurídico epistemológico. Un análisis de los saberes jurídicos generales y sus relaciones discursivas en la epistemología jurídica contemporánea”³, por parte del grupo de investigación *Saber, poder y derecho*, línea de investigación en filosofía del derecho, en la que se realizaron lecturas y estudios conjuntos de análisis conceptual como enfoque de la filosofía del derecho contemporánea. Estas lecturas tenían como objetos de análisis diversos campos discursivos de las dogmáticas jurídicas, incluyendo, entre ellas, la del derecho constitucional. Por tanto, para su desarrollo teórico se revisaron autores europeos y en su mayoría latinoamericanos, y para su ilustración práctica se realizaron revisiones y análisis de varias sentencias, aclaraciones y salvamentos de voto de la Corte Constitucional colombiana.

3 Como resultados de este proyecto véanse: Monsalve Correa, S. (2010, p.351-379); Uribe Álvarez, R. (2008, p.223-241 y 2009. p.337-356).

1. UN INTENTO POR RASTREAR LOS ANTECEDENTES DE LAS TÉCNICAS DE MODULACIÓN DE LAS SENTENCIAS

Se ha titulado este aparte como un intento porque realiza una somera aproximación a las técnicas de modulación de las sentencias de constitucionalidad. Si bien es cierto que el desarrollo del mismo tocará con elementos históricos, este artículo no pretende escudriñar exhaustivamente el origen, las causas, los tipos y los ámbitos de las técnicas de modulación. Empero, si se propone realizar un acercamiento básico que permita contextualizar los escenarios en los que han surgido las prácticas de modulación.

La modulación de sentencias ha estado asociada al control de constitucionalidad realizado por los tribunales constitucionales, que en cumplimiento de la preservación y consecución sustancial de la supremacía constitucional se dirigen hacia ámbitos hermenéuticos incluyentes de tensiones normativas, que los alejan de las cómodas sentencias de constitucionalidad o inconstitucionalidad simple; de los que solo es posible salir usando la modulación de sus fallos. Modulación que no es otra cosa distinta a aquella técnica generalmente usada en la instancia del control de constitucionalidad para establecer el sentido o los sentidos en los que debe entenderse una disposición o enunciado⁴ y, con ello, poder determinar las normas obtenidas directa o indirectamente de la misma, que estén acordes o no con la Constitución (Escobar, 2006a, p.92).

Para una mejor comprensión de las técnicas de modulación de las sentencias, se dividirá su estudio en dos perspectivas, la primera desde algunos referentes del derecho comparado y la segunda, desde la experiencia del constitucionalismo colombiano.

1.1 La modulación de sentencias, una aproximación desde algunos referentes del derecho comparado

Como punto de partida es indispensable referirse inicialmente a la experiencia de Estados Unidos, porque de acuerdo a Lina Escobar (2006a), la primera aparición documentada sobre el uso de la modulación de sentencias fue realizada por la Corte Suprema de los Estados Unidos en el siglo XIX. La Corte Suprema estadounidense es un órgano que opera bajo el sistema de control de constitucionalidad de tipo concreto, puesto que no revisa la constitucionalidad abstracta de una ley, sino que la

4 En este artículo se emplean como términos sinónimos los de disposición y enunciado. Si al efecto pudieran aplicarse diferencias sustanciales, estas no serán desarrolladas aquí.

hace a través del análisis de situaciones surgidas en conflictos específicos que hacen necesario el empleo de sentencias modulativas para establecer los sentidos de la ley y de esta forma materializarla en la situación estudiada (Martínez, 2000. p, 17).

A pesar de tener su primera aparición en un sistema de control de constitucionalidad concreto, la modulación no es exclusiva de este tipo de sistemas, ni tampoco de la jurisdicción constitucional norteamericana. La modulación también ha estado presente en los sistemas de control abstracto, siendo utilizada en el continente europeo por lo menos desde 1925 (Escobar, 2006a, p.92). En este mismo sentido, y defendiendo su autonomía respecto de la experiencia norteamericana, doctrinantes como Bogs, Imboden, Bachof y Stern (citados por Escobar, 2006a) han planteando que su desarrollo no debe concebirse como una adopción de la sentencias de la Corte Suprema estadounidense, sino que, por el contrario, obedecen al devenir de las necesidades propias del control de constitucionalidad en el viejo continente.

Aunque hasta el momento solo se ha aludido al control de constitucionalidad en cabeza de la Corte Suprema de Estados Unidos, no por ello es posible afirmar que la modulación exige como requisito *sine qua non* la existencia de un solo órgano encargado del control concentrado de la constitucionalidad. Lo que da cabida a plantear que los demás jueces bajo formas de control difuso de constitucionalidad también podrían emplear la modulación de sentencias⁵. Sin embargo, el desarrollo más amplio de dichas sentencias y que mayoritariamente es aceptado, ha sido abanderado por los tribunales constitucionales y su aceleración, en términos de producción de las mismas, ocurrió a partir de la II Guerra Mundial (Escobar, 2006a, p.96).

Según lo anota Felix Ermacora (citado por Martínez, 2000), el primer tribunal constitucional en Europa fue el austriaco. Órgano que introdujo la primera sentencia modulada que reconocía esta técnica, sentencia proferida el 10 de marzo de 1951 (Escobar, 2006a, p.97), en la que se establecía el deber de afirmar la constitucionalidad de un precepto, en la medida en que fuere posible admitirle su interpretación constitucional.

Otro pionero en el empleo de este tipo de sentencias es el sistema jurídico alemán, en donde se les conoce como sentencias intermedias; porque enlazan la nulidad, la simple constitucionalidad y la interpretación conforme. Unión posible porque hay tres posibilidades para el tribunal al estudiar la constitucionalidad de la ley:

5 Al respecto plantea Escobar (2006a, p.94-95) que: “las sentencias interpretativas[...] aparecen en Europa incluso en sistemas en los que no se reconoce expresamente la validez de las leyes, como sucedió en Weimar, cuando el tribunal del *Reich*, antes de la famosa decisión de 4 de noviembre de 1925 en la que reconoció a los jueces la posibilidad de controlar la constitucionalidad de las leyes del *Reich* (control difuso por cierto) ya había antes recurrido a la técnica de la interpretación conforme a partir de la sentencia de 28 de abril de 1921”

emitiendo decisiones de incompatibilidad, de nulidad y de compatibilidad. En ellas la interpretación conforme es el soporte de la modulación de sentencias porque, no solo “es un resultado del juicio de constitucionalidad, que impregna el contenido de la decisión, sino que es una regla operativa que influye en el conjunto del proceso del control de normas” (Escobar, 2006a, p.100).

Por último -dentro de la revisión comparada-, también debe tenerse en cuenta la experiencia italiana⁶, en donde han sido desarrolladas bajo el rótulo de sentencias manipulativas (Pizzoruso, 1981; Groppi, 2003). Denominación que ha llevado a comprenderlas como el conjunto de técnicas empleadas con el propósito de “[...] transformar el significado de la ley, toda vez que el juez constitucional modifica e integra el precepto legal sometido a su control, de manera que este adquiere un alcance normativo y un contenido diferente al original” (Solano, 2007, p.524).

Las sentencias manipulativas como categoría general agrupan ese conjunto de decisiones distintas a las de exequibilidad o inexecutable pura, entre ellas podemos encontrar tres grupos: i) el de las sentencias interpretativas, ii) el de las sentencias sustitutivas y aditivas y, iii) el de las sentencias de delegación (Martínez, 2000, p.19). Aunque, en lo que respecta a esta tipología, debe precisarse que su aceptación no ha sido pacífica, en tanto que ha generado polémicas en torno a las eventuales intromisiones en la competencia legislativa por parte del juez constitucional, quien al adicionar o sustituir contenidos no previstos inicialmente por el legislador, parecería estar desbordando sus competencias⁷. Sin embargo, dichas polémicas han sido aplacadas –parcialmente- bajo la teoría de Zagrebelsky (citado por Solano, 2007) sobre las rimas obligatorias, según la cual las sentencias manipulativas son el fruto de la extracción de principios de carácter constitucional, que a su vez guardan coherencia con el ordenamiento, lo que hace que su interpretación sea consonante al precepto legal; en este orden de ideas, la sentencia manipulativa gozará de aceptación.

6 El hecho de aludir a Italia como el último ejemplo en este trabajo, no implica *per se* que aquí se agoten las experiencias de derecho comparado en donde es posible encontrar sentencias modulativas. también pueden observarse dichas sentencias en: Suiza, España y Francia. Escobar (2006a); Martínez (2000). En América latina un claro ejemplo puede apreciarse en las sentencias del Tribunal Constitucional de Perú. Cfr: Eguiguren (2008).

7 Aunque la puesta en escena de las técnicas modulativas en el control de constitucionalidad genera innegables colisiones entre lo que a grandes rasgos podría titularse como: las tensiones entre el constitucionalismo contemporáneo y la ley como máximo fruto de la democracia representativa. Sin desconocer la importancia filosófica y política que subyace a esta y las posturas que frente estas se proponen, dicha discusión no será abordada en este artículo, ya que amerita otro espacio de desarrollo más detenido. Una aproximación a la discusión referida puede reconstruirse –entre otros-, desde autores como: Nino, C. S. (1999), Ferrajoli, L. (2001), Gargarella, R. (2003; 2005), Durango A., G (2007) Cortés R., F. (2012), y Grijalva, A. (2012).

1.2 La modulación de sentencias, aproximación desde el derecho colombiano

Con lo dicho respecto de los antecedentes norteamericano y europeo, se puede sostener que la modulación de sentencias no es una invención propia de la Corte Constitucional colombiana. Sin embargo, en consideración de Alejandro Martínez (2000, p.22), en Colombia la modulación encuentra referentes más antiguos que los europeos, como en el caso de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia colombiana. Según este autor, una de las primeras experiencias de modulación en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, data de la sentencia del 2 de agosto de 1912 en la cual declaró inexecutable condicionada de los artículos de varias leyes de la época, creando probablemente la primera sentencia interpretativa del país en instancia de control de constitucionalidad; práctica que con el tiempo se arraigó como una costumbre en el constitucionalismo colombiano y siguió siendo realizada por la Corte Suprema de Justicia hasta la entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional colombiana⁸.

Junto a la Corte Suprema de Justicia debe mencionarse el papel desempeñado por el Consejo de Estado colombiano, tribunal que también ha producido sentencias que podrían considerarse como decisiones modulativas; sin embargo, debe precisarse que:

[...]el Consejo de Estado hace proporcionalmente menos uso de estas técnicas que la Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Constitucional, aunque no por ello es ajeno a esta modalidad de fallos: el 99% de las decisiones de este tipo son de carácter manipulativo reductor, un 0.5% es sustitutivo y el otro 0.5% es aditivo. *Por tanto*; de las 248 sentencias de nulidad por inconstitucionalidad analizadas entre 1945 y 2005, tan sólo 78 sentencias aparentemente contienen decisiones interpretativas: si bien la sentencia adopta la forma típica de fallo interpretativo manipulativo [...] *el Consejo de Estado* no está asumiendo el papel de agente de control de constitucionalidad en el aspecto material sino tan sólo formal, ya que su análisis termina en la comparación legislativa que arroja el resultado de la extralimitación y con ello no se atribuye la eliminación de las normas por su papel de agente de control o su interpretación de la Constitución[...] Son entonces 21 sentencias en las que efectivamente se encontró algún tipo de modulación, de las cuales 14 son de

8 Como prueba de que la modulación de sentencias por parte de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, véanse, entre otras, las sentencias interpretativas de: junio 23 de 1913, noviembre 3 de 1915, marzo 22 de 1919, noviembre 21 de 1919, noviembre 18 de 1924, noviembre 18 de 1926, noviembre 9 de 1929, febrero 28 de 1935, octubre 7 de 1936, mayo 13 de 1941, septiembre 6 de 1943, abril 10 de 1947, marzo 28 de 1965, marzo 1 de 1966, octubre 21 de 1976, junio 9 de 1988, sentencias N° 71 y 76 del 3 de octubre de 1989. Como ejemplos de sentencias integradoras véanse, entre otras: la del 2 de noviembre de 1944 y 24 de julio de 1961. (Martínez, 2000, p.21-23).

tipo manipulativo reductor, 3 son manipulativas aditivas y 4 son manipulativas sustitutivas”. (Cursivas propias) (Escobar, 2006b, 80-81).

Fruto de la información presentada anteriormente, es posible sostener que el reducido empleo de las técnicas modulativas por parte del Consejo de Estado ubica entre sus posibles causas la negación de la interpretación jurisprudencial como fuente de asignación de sentido(s) normativo(s) a los enunciados objeto de su revisión, ya que dicha función –preferentemente estaba concebida en cabeza del legislador como el único intérprete autorizado para emitir interpretaciones con fuerza vinculante⁹.

A diferencia de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, la Corte Constitucional es el tribunal que a pesar de tener menos tiempo en funcionamiento –un poco más de dos décadas-, ha generado el mayor desarrollo de las técnicas de modulación en el país. Desde sus inicios es posible encontrar de forma implícita el empleo de las mismas¹⁰, empero fue en 1995 con la sentencia C-109¹¹, en la que de forma expresa sentó las bases para la modulación de sentencias en los ejercicios de control de constitucionalidad de las leyes, en la medida en que la entendió como:

[...] una consecuencia de la función de la Corte como guardiana de la integridad y supremacía de la Carta. Además, la necesidad de esa modulación de las sentencias resulta de las tensiones valorativas implícitas en todo texto constitucional, razón por la cual la mayoría de los tribunales constitucionales han desarrollado diversos tipos de fallos con el fin de cumplir, en forma razonable, su función de control constitucional (Corte Constitucional, 1995).

Para argumentar en favor de la empleo de la modulación de los efectos de sus fallos, en la misma sentencia la Corte planteó que dicha competencia se desprendía del inciso primero del artículo 241 de la Constitución. Reiterando, entonces, uno de los primeros fundamentos de sus competencias, según el cual: “entre la Constitución

9 sobre esta conclusión Cfr: Lina Escobar (2006b, p. 80-82) quien al respecto sostiene: “Según su propia jurisprudencia, a dichas corporaciones (*Corte Suprema y Consejo de Estado*) no les estaba permitido realizar interpretaciones de disposiciones sometidas a juicios de constitucionalidad que determinaran sentidos –léase normas- específicos, o interpretaciones que fijaran el significado válido o inválido de una disposición, puesto que dicha actividad de interpretar articulados con fuerza ‘*erga omnes*’ estaba única y expresamente atribuida al legislador, siendo éste el único intérprete autorizado de la ley con carácter general y vinculante” (cursivas fuera del texto original). Para soportar su afirmación la autora cita varios fallos del Consejo de Estado, entre ellos las sentencias de: mayo 15 de 1945, C.P. Carlos Rivadeneira G.; abril 22 de 1947, C.P. Alfredo López Velásquez; y noviembre 14 de 1979, C.P. Carlos Galindo Pinilla.

10 Sobre los primeros usos implícitos de las sentencias modulativas por parte de la Corte Constitucional de Colombia pueden apreciarse en: Corte Constitucional, Sentencia C-545 (1992); Corte Constitucional, Sentencias C-149; C-542 (1993), Corte Constitucional, Sentencias C-011; C- 069; C-473 y C-496 (1994).

11 Con respecto a afirmar que esta es la primera sentencia en la que se alude explícitamente a la modulación de sentencias coinciden autores como: Martínez (2000, p.17); Olano (2004, p.574) y Ocampo (2009, p.10).

y la Corte Constitucional, cuando esta interpreta aquella, no puede interponerse ni una hoja de papel” (Corte Constitucional, Sentencia C-113, 1993). Acorde con tal planteamiento, la Corte fue clara en manifestar que los efectos de sus fallos podían determinarse en varios sentidos, siempre y cuando fuese necesario para el cumplimiento de su papel como guardiana de la Constitución.

Aunque la Corte Constitucional ha venido usando de diversas maneras las técnicas modulativas, se puede observar que sobre su desarrollo práctico y teórico no existe una postura uniforme; sin embargo, un sector de la doctrina¹² concuerda –al menos parcialmente- en que la modulación de efectos de los fallos de las sentencias en la experiencia colombiana puede agruparse en dos grandes líneas. En primer lugar, la de las modulaciones relativas al contenido o sentencias manipulativas¹³, que a su vez pueden ser de tres tipos: las condicionadas o interpretativas, las aditivas o integradoras y las sustitutivas. Mientras que la otra línea está constituida por la modulación de los efectos temporales, dentro de las que podemos encontrar las de constitucionalidad diferida y las de retroactividad.

Como ya se advirtió, en el ordenamiento jurídico Colombiano no hay una clasificación dominante de las sentencias modulativas que tenga la fuerza de excluir a las demás. Empero, el presente estudio adoptará ese acuerdo que distingue entre modulaciones de contenido y modulaciones temporales. Para de esa forma, concentrarse en realizar una aproximación teórica y jurisprudencial al primer grupo de ellas, en la medida en que este artículo pretende describir la relación argumentativa entre la modulación de contenidos y la distinción teórica entre enunciado normativo y norma.

Así las cosas, el incluir la modulación de efectos temporales¹⁴ distanciaría este trabajo del objeto de estudio e implicaría mayores elaboraciones de los cuales este artículo no se ocupará. Frente a ellas solo diremos que tocan el aspecto de la entrada en vigencia de la decisión, que por regla general es producir efectos desde el momento de su notificación hacia el futuro. Sin embargo, este tipo de modulaciones hace que los efectos en unos casos sean retroactivos o que en otros sean diferidos,

12 Se habla de un acuerdo parcial para dar cuenta de que varios autores de la materia describen –en términos generales- dos vertientes relativas a la modulación de sentencias; la primera de ellas es la modulación de contenidos y la segunda es la modulación de los efectos temporales del fallo. Sin embargo, cada autor le imprime particularidades en su descripción y justificación, *Cfr.* Martínez (2000); Olano (2004); Solano (2007) y Ocampo (2009).

13 Denominación que como se ha indicado en el acápite 1.1 del corpus de este artículo, proviene de la doctrina Italiana. *Cfr.* Pizzoruso (1981, p.279-196); Martínez (2000, p.19-20); Groppi (2003, p. 481-504); Eguiguren (2008, p.325) y Solano (2007).

14 *Cfr.* Martínez (2000, p.25-26) y Solano (2007, p.566-579).

es decir, ante un eventual vacío normativo por la declaratoria de inconstitucionalidad extiende provisionalmente los efectos de la norma inconstitucional, mientras se expide nueva normatividad que regule la materia¹⁵.

2. LA DISTINCIÓN ENTRE ENUNCIADO NORMATIVO Y NORMA

2.1 Algunas consideraciones teóricas sobre la distinción entre enunciado normativo y norma

Esta ha sido una distinción a la que a menudo se le suele prestar poca atención, situación que conlleva un tratamiento indistinto de los términos norma jurídica y enunciado normativo, que por lo general se emplean como sinónimos. Sin embargo, en este texto se abordará de forma diferenciada, debido a su capital importancia para el tema central que aquí se ha propuesto. Como lo señala Palomino Manchego (citado por Olano, 2004, p.576-577), la aceptación de dicha distinción constituye el elemento teórico central a partir del cual resulta posible concebir -de forma estructurada- las funciones de manipulación o modulación de contenidos de las sentencias de constitucionalidad proferidas por los tribunales constitucionales.

Con la intención de realizar una aproximación a las consideraciones teóricas de la distinción referida, es necesario expresar, en primer lugar, que no existe una noción unívoca de norma y que tal vocablo no es usado exclusivamente en el campo jurídico, sino que, como lo afirma Robert Alexy (2008, p.32), también se emplea en el lenguaje popular y en el de otras ciencias como la sociología, la etnología, la filosofía moral y la lingüística, teniendo diferentes sentidos en cada una de ellos, pero con el rasgo común de tener significados vagos e imprecisos y de generar polémicas infinitas cuando no son usados en las que podrían considerarse como sus zonas de obviedad.

Los orígenes de esta delimitación se encuentran ya en Kelsen (1991, p.84-88), quien distinguió entre normas (en el sentido de enunciados jurídicos) y proposiciones normativas o proposiciones acerca de normas, que son elaboraciones descriptivas acerca de los enunciados jurídicos y sus contenidos deónticos. Posteriormente, esta distinción ha sido desarrollada de forma amplia por Riccardo

15 A manera ejemplificativa sobre las sentencias modulativas de efectos temporales, véanse: Corte Constitucional, Sentencia C-114 (1993); Corte Constitucional, Sentencia C-037 (1996); Corte Constitucional, Sentencia C-744 (1999); C-737 de 2001; Corte Constitucional, Sentencia C-452 (2002); Corte Constitucional, Sentencia C-720 (2007); Corte Constitucional, Sentencia C-297 (2010) y Corte Constitucional, Sentencia C-366 (2011).

Guastini (1999, p.92-94)¹⁶, para quien la norma jurídica se evidencia en el lenguaje prescriptivo, que tiene por objeto modificar, direccionar e influenciar el comportamiento humano, razón por la cual se habla usualmente y en un sentido muy general, de normas como enunciados del discurso prescriptivo.

Pero este concepto de norma genera interrogantes que Guastini (1999) agrupa en torno a las siguientes cuestiones: ¿el término norma se refiere solo a las prescripciones abstractas o también para las concretas? De otro lado ¿el término se debe usar únicamente para aludir a las prescripciones en sentido estricto o por el contrario puede emplearse a todo enunciado del discurso legislativo? y por último ¿si cuando se habla de norma se debe hacer para referirse a enunciados o para dar cuenta de significados de enunciados?

Con relación a los interrogantes que ocupan al autor italiano, este texto solo se centra en la última cuestión¹⁷, la cual indaga sobre la posibilidad de denominar normas a los enunciados o disposiciones normativas o a las interpretaciones que sobre ellas se realicen. Es decir, si asumir un concepto amplio o restringido de norma. Al respecto Alexy (2008, p.33) sugiere la búsqueda de un modelo ambivalente que de un lado su fortaleza constituya la base de consideraciones posteriores y, de otro lado, sea tan débil que permita conciliar con el mayor número de atribuciones normativas posibles. Exigencias que pueden ser satisfechas por un modelo semántico de norma.

Con el modelo semántico en el que se toma una palabra y su significado, tenemos que el enunciado normativo puede ser entendido como la expresión gráfica o escrita de la(s) norma(s), en otros términos, el enunciado normativo es “un enunciado perteneciente a un documento normativo, a una fuente del derecho” (Guastini, 1999, p.100).

Si se acepta el concepto semántico de norma es posible encontrar enunciados normativos en los artículos de la Constitución Política, en su preámbulo, en los tratados internacionales, en los artículos de las leyes, en los actos administrativos, en los decretos, en las ordenanzas, en las resoluciones y en cualquier otra fuente normativa que sirva de ‘recipiente’ a las normas. En la medida en que dichas fuentes llegan al intérprete, operador o destinatario como objetos de conocimiento a través

16 Con relación a las teorías sobre la distinción entre enunciado(s) normativos y norma(s) debe tenerse en cuenta que existen amplios desarrollos teóricos que adelantados por autores como Giovanni Tarello, Riccardo Guastini, Pierluigi Chiassoni, Paolo Comandicci y Mauro Barberis. Quienes conforman la denominada escuela del *realismo jurídico genovés*. (Cfr: Ferrer & Ratti, 2011).

17 Con respecto a las dos primeros tipos de interrogantes debe aclararse que este texto no dará cuenta de ellos, ni desarrollará sus eventuales respuestas, porque ameritan un tratamiento específico que desencaminaría la consecución de los objetivos trazados con este trabajo.

de textos escritos¹⁸. Entonces, los enunciados son sometidos a interpretaciones con las que se busca desentrañar su sentido, surgiendo de esta forma la norma propiamente dicha, es decir, la norma como resultado del proceso de interpretación. En otros términos, es adecuado afirmar que norma es todo aquel contenido predicable y atribuible a un enunciado normativo, luego de asignarle un sentido coherente y lógico en un sistema jurídico vigente. Sobre esta consideración, Guastini (1999, p.101) logra sintetizar muy bien la siguiente fórmula:

La disposición constituye el objeto de la actividad interpretativa, la norma su resultado. La disposición es un enunciado del lenguaje de las fuentes sujeto a interpretación y todavía por interpretar. La norma es más bien una disposición interpretada y, en ese sentido, reformulada por el intérprete: es, pues, un enunciado del lenguaje de los intérpretes.

La síntesis del autor italiano sitúa el concepto de norma como una variable dependiente de la actividad interpretativa, que relativiza su estabilidad jurídica en la medida en que la hace estar sometida al campo de los intérpretes¹⁹. Es decir, la mirada al enunciado no debe limitarse solamente al objeto material ‘legal’, sino que debe entender que en última instancia la norma producto de esa interpretación también resulta siendo lenguaje que entra a formar parte del discurso judicial e incluso a ser objeto de nuevas interpretaciones y discusiones.

2.2 La distinción entre enunciado normativo y norma en la Corte Constitucional colombiana.

Asumiendo la distinción propuesta como un buen eje para la explicación de la producción de las sentencias manipulativas o modulaciones de contenido, es ne-

18 Al respecto se aclara que el modelo semántico de norma no proporciona los mismos resultados en todos los escenarios, por tanto, debe tomarse sin pretensiones holísticas. Ya que a pesar la posibilidad que tiene toda norma de expresarse mediante enunciados o disposiciones normativas, no se puede perder de vista, como lo anota Alexy, (2008, p.35-40) que: “las normas pueden ser expresadas también sin recurrir a enunciados, por ejemplo, mediante las señales luminosas de un semáforo[...]el concepto semántico de norma no es desde luego igualmente adecuado para todos los fines pero, cuando se trata de problemas de la dogmática jurídica y la aplicación del derecho, es más adecuado que cualquier otro tipo de norma. En estos ámbitos se trata de problemas tales como si dos normas son lógicamente compatibles, si es válida y, a veces sí debería ser válida, cuando no lo es”.

19 El campo abierto de los intérpretes contiene elementos complejos cuyo control se torna difícil en la actividad judicial, pero no por ello deben menospreciarse elementos como la ideología del intérprete, ya que esta incidirá –de alguna manera- en los procesos de justificación externa de la decisión (*Cfr.* Wróblewski, 1971). En el mismo sentido, aunque refiriéndose de forma específica a la ideología del intérprete constitucional, Gómez Isaza (1999, p. 20) plantea que la ideología del intérprete “[...] nos permitirá pues, anticipar en cierta medida, pero no de manera causal, ni necesaria, ni lógicamente deducible, las preferencias que tendrá cada juez al momento de elegir un procedimiento o un argumento para fallar”.

cesario realizar un rastreo sobre la misma en algunas de las decisiones de la Corte Constitucional colombiana y describir de qué forma y en qué sentido se ha dado.

Para comenzar, es posible afirmar que la Corte Constitucional –generalmente- ha recibido la distinción entre enunciado normativo y norma de forma implícita, lo cual no quiere decir que sea desatendida por parte de dicho tribunal: porque de la revisión de sentencias manipulativas se puede apreciar que en casi todas ellas se emplean ejercicios que toman enunciados para luego atribuirles o restringirles –según el caso- significados o posiciones normativas (Sánchez, 2004, p. 167).

No obstante lo anterior, también es cierto que la distinción se ha retomado de forma explícita. Un sector de la doctrina colombiana (Sánchez, 2004, p.176; Solano, 2007, p.533) coincide en afirmar que la primera variante encargada de introducir de forma expresa la distinción entre enunciado normativo y norma en las providencias de la Corte Constitucional fue la aclaración de voto de la sentencia C-543 de 1996. En dicha providencia los magistrados Alejandro Martínez Caballero y Eduardo Cifuentes Muñoz, expresaron:

En general las expresiones normas legales, enunciados normativos, proposiciones normativas, artículos, disposiciones legales y similares se asumen como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que la teoría jurídica, y en particular la teoría constitucional, distingue con claridad entre, de una parte, los enunciados normativos, esto es, los textos legales y, de otra parte, las normas o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación, de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas o proposiciones normativas son el resultado de las mismas. (Corte Constitucional, 1996)

A partir de la anterior intervención, los magistrados enfatizaron en la necesidad de tomarse en serio la distinción, propiamente en el caso estudiado en dicha ocasión, pero planteando que el hecho de que en otras sentencias la Corte no la hiciera de forma expresa, o empleara expresiones sinónimas, no proporciona el mérito suficiente para sustentar la tesis según la cual la corporación solo controla textos legales, porque sus pronunciamientos, en un sentido, real están llamados a recaer también sobre las normas. Aunque, no se puede pasar por alto que también existen normas que no surgen de la consagración en un enunciado lingüístico concreto, sino que se originan como fruto de la lectura organizada y sistemática de varios enunciados del ordenamiento, o de razonamientos analógicos u obedecen al reconocimiento de prácticas normativas como es el caso de la costumbre²⁰.

20 Refiriéndose a las normas sin enunciado normativo, Abraham Sánchez (2004, p.154) plantea que: “la presencia en el Ordenamiento de normas carentes de disposiciones, es decir, de normas no susceptibles de ser

Un año más tarde, los mismos magistrados realizaron salvamento de voto a la sentencia C-040 de 1997, en la que la Corte declaró la exequibilidad de los preceptos demandados porque los actores no formularon de forma adecuada los cargos, en el entendido de que los dirigieron contra las normas de trámite que regulan la ausencia de audiencia pública en los procesos que en ese entonces eran adelantados por los jueces regionales. Empero, según la Corte, en aquella ocasión debían demandarse las normas que excluían la audiencia en los procesos de orden público y no de la forma en que los actores lo hicieron. Por ello, los magistrados Martínez y Cifuentes nuevamente insistieron en que era necesario manejar con claridad la distinción entre enunciado y norma, debido a los efectos prácticos que generaba, al respecto dijeron:

[...] La cabal comprensión del “*control integral*” hace que el juicio de constitucionalidad no pueda recaer solamente sobre el enunciado textual de una disposición, sino sobre su contenido normativo, pues de otra forma se estarían, sin justificación ninguna, excluyendo del control constitucional normas jurídicas que surgen como consecuencia necesaria de una cadena de disposiciones textuales, pero que no se encuentran consagradas expresamente en un texto normativo. (Corte Constitucional, 1997).

Otra asimilación expresa de la distinción estudiada se llevó a cabo en la sentencia C-426 de 2002²¹, cuando la Corte, revisando si los condicionamientos estipulados por la jurisprudencia del Consejo de Estado al alcance normativo del artículo 84

tenidas como el significado de un específico enunciado contenido en un documento jurídico. En principio, debe apuntarse que la definición de norma aquí acogida impide pensar en la configuración de una situación semejante, pues si la norma es el significado de la disposición, faltando ésta no habría norma; sin embargo, es corriente en el medio jurídico hablar de normas no conectadas a ninguna disposición concreta y como ejemplo de ellas suele citarse a la costumbre, a los principios generales del Derecho y a los eventos en los cuales procede la analogía”.

21 Antes de esta Sentencia la distinción también puede encontrarse en: Corte Constitucional, la Sentencia C-1046 de 2001, la cual no se introduce en el cuerpo del texto, porque en criterio del autor, se limita a parafrasear lo dicho en los ya referidos y presentados salvamentos y aclaraciones de voto por parte de los magistrados Alejandro Martínez y Eduardo Cifuentes. Sin embargo, se deja a consideración del lector el siguiente fragmento de la misma: “[...] es necesario distinguir, tal y como esta Corte lo ha hecho, entre las nociones de “disposición” y de “contenido normativo”. Así, en general las expresiones normas legales, enunciados normativos, proposiciones normativas, artículos, disposiciones legales y similares se asumen como sinónimas. Sin embargo, lo cierto es que es posible distinguir entre, de una parte, los enunciados normativos o las disposiciones, esto es, los textos legales y, de otra parte, los contenidos normativos, o proposiciones jurídicas o reglas de derecho que se desprenden, por la vía de la interpretación, de esos textos. Mientras que el enunciado o el texto o la disposición es el objeto sobre el que recae la actividad interpretativa, las normas, los contenidos materiales o las proposiciones normativas son el resultado de las mismas.” Fragmento que también es citado por Solano (2007, p. 534).

del Decreto 1° de 1984²² eran o no ajustados a la Constitución, en el entendido de que la acción de simple nulidad también procedía contra los actos administrativos de contenido particular en los casos en que tuvieran consagración expresa de ley o cuando ellos fuesen de interés para la comunidad. De forma que dicho condicionamiento no estaba consagrado expresamente en el texto del precepto demandado ni se deducía del mismo, según argumentaban los actores. Ante lo cual, la Corte se vio en la necesidad de precisar la distinción entre norma y enunciado normativo en los siguientes términos:

[...] El hecho de que a un enunciado normativo se le atribuyan distintos contenidos o significados, consecuencia de la existencia de un presunto margen de indeterminación semántica, conlleva a que la escogencia práctica entre sus diversas lecturas trascienda el ámbito de lo estrictamente legal y adquiera relevancia constitucional, en cuanto que sus alternativas de aplicación pueden resultar irrazonables y desconocer los mandatos superiores. (Corte Constitucional, 2002)²³.

Otro buen ejemplo a citar, debido a la incorporación de nuevos elementos como la alusión a la importante relación entre derecho y lenguaje para efectos de realizar de forma pedagógica una mejor presentación de la distinción entre enunciado y norma, es el presente en la sentencia C-820 de 2006. En esta ocasión la Corte Constitucional se encargó de revisar si el monopolio de interpretación general que había sido conferido por el artículo 25 del Código Civil al legislador para que estableciera la(s) Interpretación(es) de leyes ‘oscuras’, era ajustado a la Constitución. Para lo que dispuso que:

El derecho, al emplear el lenguaje como medio de difusión y realización, no es ajeno a esta realidad[...]Al respecto, es ilustrativa la distinción, cultivada por la jurisprudencia y la doctrina, entre *disposición*, como suma de enunciados lingüísticos, y *norma*, entendida como significado jurídico de aquella, esto es, como resultado del ejercicio hermenéutico. (Corte Constitucional, 2006).

Como se pudo observar, en los anteriores apartes de sentencias de constitucionalidad, salvamentos y aclaraciones de votos; la distinción expresa entre enunciado

22 El Decreto 1° de 1984, era el Código Contencioso Administrativo vigente para la época de la revisión de constitucionalidad referida, debe tenerse en cuenta que fue derogado expresamente por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, que empezó a regir a partir del 2 de julio de 2012 como el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia.

23 Esta misma posición fue reiterada posteriormente por esta corporación. *Cfr.* Corte Constitucional, Sentencia C-207 (2003) y Corte Constitucional, Sentencia C-048 (2004).

normativo y norma en la Corte Constitucional se ha dado desde hace ya varios años²⁴ y su importancia comporta –como ya se ha mencionado- la base teórica para el desarrollo de las sentencias manipulativas, las cuales se abordarán a continuación.

3. TIPOS DE MODULACIONES DE CONTENIDO O SENTENCIAS MANIPULATIVAS EN COLOMBIA

3.1 Sentencias condicionadas o interpretativas

Las sentencias interpretativas son la primera forma de sentencias manipulativas que se acogió en Colombia, como ya se mencionó en este trabajo; desde 1912 ellas hacen parte del constitucionalismo colombiano, siendo posible encontrarlas a lo largo de gran parte de la historia republicana en los fallos de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y, durante los últimos 20 años, en las sentencias de la Corte Constitucional.

Las sentencias interpretativas parten del empleo directo de la distinción entre enunciado normativo y norma²⁵, en la medida en que cuando se revisa la constitucionalidad de una disposición ‘legal’ demandada, la Corte Constitucional circunscribe el alcance normativo de la misma, de forma que concluye limitando su aplicación en determinados casos, o limitando sus efectos, con respecto a sus consecuencias (Martínez, 2000, p.24). Es decir, las sentencias interpretativas declaran la exequibilidad del enunciado normativo acusado, pero dicha exequibilidad se condiciona luego de que la Corte revisa que de tal enunciado surgen varias interpretaciones posibles, pero solo una de esas es ajustada a la Constitución, por lo que decide darle el estatus de norma a esa interpretación y adscribirla al enunciado demandado, el cual será constitucional. En otros casos la Corte, una vez realiza dicho examen de constitucionalidad, erradica de forma expresa las interpretaciones contrarias a

24 Sin la intención de hacer una lista taxativa, se pueden consultar las siguientes sentencias en la que la Corte de una u otra forma, empleando términos cercanos ha dado cuenta de la distinción entre norma y enunciado. Véanse: Corte Constitucional, Sentencias C-534; C-673 y C-1299 (2005); Corte Constitucional, Sentencias C-038 y C-804 (2006); Corte Constitucional, Sentencia C-545 (2008); Corte Constitucional, Sentencia C-684 (2009) y Corte Constitucional, Sentencia C-777 (2010).

25 El valor de dicha distinción fue reconocido expresamente por la Corte Constitucional en la sentencia C-820 de 2006, en la que resaltó que: “Sobre esta diferenciación descansa, en últimas, la validez práctica de las sentencias de exequibilidad condicionada, las cuales parten del reconocimiento de múltiples acepciones que tienen como punto de partida un idéntico respaldo jurídico -la disposición en sí- de las cuales el juez de constitucionalidad debe desechar aquellas que no se ajusten a lo dispuesto en el texto constitucional y, en tal sentido, ordena que a la disposición se ofrezca una determinada lectura en la cual se observen las normas superiores”. (Corte constitucional, 2006)

la Constitución a través de este tipo de sentencias, diciendo de qué forma no debe interpretarse o entenderse.

Con este tipo de sentencias la Corte no altera bajo ninguna circunstancia la textualidad del enunciado o disposición, solo se ocupa de precisar su alcance normativo con la finalidad de no colisionar con el texto del ‘legislador’²⁶, por lo que orienta su labor en los principios de la conservación del derecho y la interpretación de la ley conforme a la Constitución, abordados de forma exhaustiva en la sentencia C-038 de 2006²⁷, en la que manifestó que el principio de la conservación del derecho:

Constituye una obligación para los Tribunales Constitucionales de mantener al máximo las disposiciones normativas o leyes emanadas del Legislador, en virtud del principio democrático. Así, en virtud de este principio, la Corte decide adoptar una decisión que permita preservar, antes que anular, la labor del Congreso [...] en virtud del principio hermenéutico de conservación del derecho, la Corte ha precisado que no puede excluir una norma legal del ordenamiento jurídico, por vía de la declaración de inexecutable, cuando existe, por lo menos, una interpretación de la misma que se aviene con el texto constitucional. (Corte Constitucional, 2006).

Deja claro el alto tribunal de constitucionalidad que se debe evitar en la mayor medida de lo posible, la eliminación los preceptos ‘legales’, de lo contrario podrían generarse controversias con la legitimidad democrática que reside en cabeza del legislador²⁸. También se acude al principio de la interpretación de la ley conforme

26 Aunque este trabajo se ha ocupado de forma preferente por ejemplificar las modulaciones de contenido en el control de constitucionalidad de enunciados ‘legales’, vale la pena mencionar que la Corte Constitucional también ha realizado modulaciones con respecto a enunciados del texto constitucional, como prueba de ello, se tiene la sentencia interpretativa C-836 de 2001, en la que entró a fijar interpretaciones constitucionales para el artículo 230 de la norma de normas, en lo referente a la expresión: “*los jueces en su providencia solo están sometidos al imperio de la ley*”, por lo que La Corte asignó al término *ley* un carácter amplio, en la medida en que los jueces estarán sometidos al imperio del ordenamiento jurídico, es decir, en ese sentido, ley debe entenderse como el derecho en general, y no solo como la categoría normativa de ley en sentido formal y/o material.

27 En esta sentencia La Corte (2006) compila su teoría sobre el principio de *Conservación del Derecho* y el de *la interpretación de la ley conforme a la Constitución*, recogiendo sus anteriores pronunciamientos en dicha materia. Cfr. Corte Constitucional, Sentencias C-089 y C-496 (1994); Corte Constitucional, Sentencias C-070; C-100 y C-690 (1996); Corte Constitucional, Sentencia C-499 (1998); Corte Constitucional, Sentencia C-273 (1999) y Corte Constitucional, Sentencia C-995 (2001).

28 Una de esas controversias es la señalada por el Magistrado Humberto Sierra Porto, quien en el salvamento de voto a la sentencia C-820 de 2006, se muestra en desacuerdo con la decisión adoptada, porque considera que esta corporación confunde la interpretación auténtica en cabeza del legislador, con la realizada en las sentencias interpretativas y a tales efectos dice: “La interpretación auténtica, a diferencia de las otras formas de interpretación, está mediada por razones de conveniencia, las cuales, a su vez, son el resultado de una valoración política natural a la labor legislativa. Los operadores jurídicos, por su parte, no pueden alegar

a la Constitución para complementar la justificación de las sentencias interpretativas, ya que le

[...] impide a la Corte excluir del ordenamiento una norma cuando existe por lo menos una interpretación de la misma que se concilia con el texto constitucional. Este principio maximiza la eficacia de la actuación estatal y consagra una presunción a favor de la legalidad democrática. El costo social e institucional de declarar la inexequibilidad de una norma jurídica infraconstitucional debe ser evitado en la medida en que mediante una adecuada interpretación de la misma se respeten los postulados de la Constitución. (Corte Constitucional, Sentencia C-038, 2006).

Un ejemplo sencillo –aunque ilustrativo– sobre las sentencias interpretativas puede verse en la Sentencia C-301 de 2012²⁹, en la que el accionante demandó la inconstitucionalidad parcial (parte subrayada) del literal f del artículo 43 de la ley 1123 de 2007 o Código Disciplinario del Abogado. Este enunciado establece como causal constitutiva de falta de lealtad por parte del abogado con el cliente, la siguiente:

“Revelar o utilizar los secretos que le haya confiado el cliente, aún en virtud de requerimiento de autoridad, a menos que haya recibido autorización escrita de aquel, o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito”. (Ley 1123 de 2007, art. 43).

El enunciado demandado es una de las dos excepciones que permitirían al abogado revelar los secretos de su cliente sin originarse una falta disciplinaria, es decir, sea que los revela porque medie i) la autorización escrita del cliente o ii) con el fin de evitar la comisión de un delito. Sin embargo, la interpretación del enunciado como excepción para desatender el secreto profesional ante la eventual comisión de un delito resultaría violatoria del mismo, de los derechos a la intimidad, a la defensa, al buen nombre y a la igualdad del los clientes. Así que la Corte sometió ese enunciado a interpretación constitucional, la cual concluyó a través de una sentencia de exequibilidad condicionada que la expresión “o que tenga necesidad de hacer revelaciones para evitar la comisión de un delito” será constitucional siempre y cuando tal conducta se encuadre en la causal de exoneración contemplada en el numeral 4 del artículo 22 de la Ley 1123 de 2007. Es decir, el abogado podrá revelar o utilizar

legítimamente razones de esta stirpe para adscribir al enunciado normativo un determinado significado jurídico”. (Corte Constitucional, 2006)

29 Otros ejemplos de sentencias Interpretativas o condicionadas pueden verse en: Corte Constitucional, Sentencia C-711 (1996); Corte Constitucional, Sentencia C-358 (1998); Corte Constitucional, Sentencia C-898 (1999); Corte Constitucional, Sentencia C-1369 (2000); Corte Constitucional, Sentencia C-1026 (2001); Corte Constitucional, Sentencia C-311 (2004); Corte Constitucional, Sentencia C-191 (2005); Corte Constitucional, Sentencia C-193 (2011) y Corte Constitucional, Sentencia C-300 (2012).

los secretos que el cliente le ha confiado para evitar la comisión de un delito, siempre y cuando “se obre para salvar un derecho propio o ajeno al cual deba ceder el cumplimiento del deber, en razón de la necesidad, adecuación, proporcionalidad y razonabilidad”. De esta forma, la Corte controló la interpretación del enunciado y le fijó un contenido normativo condicionado a la interpretación explicada.

3.2 Sentencias aditivas o integradoras

Son aquellas sentencias en las que una vez la Corte ha revisado la constitucionalidad del enunciado normativo demandado y sus interpretaciones, encuentra que este es inconstitucional, no en su literalidad, sino por los supuestos que tal enunciado no consagró expresamente, los cuales tampoco se infieren de sus interpretaciones. Es decir, es inconstitucional porque se configura una omisión legislativa relativa, en la que el legislador debió prever supuestos indispensables para que la disposición estuviese ajustada a la Constitución, pero no lo hizo (Olano, 2004, p.578). Entonces, la Corte Constitucional en vista de que el enunciado enjuiciado contiene algunas normas constitucionalmente admisibles, no procede a declarar su inexecutable, sino que lo declara exequible, pero adicionándole los elementos o supuestos que fueron omitidos, para que de esta forma la norma pueda ajustarse a la Constitución.

A diferencia de las sentencias interpretativas, las integradoras van más allá de la simple adjudicación o restricción de significados constitucionales, como es propio de las interpretativas. En las aditivas la labor consiste en adicionar supuestos que el legislador dejó por fuera, es decir, al enunciado impugnado se integran otras variantes con la finalidad de ajustarlo a la Constitución. Porque su inconstitucionalidad no está determinada por lo que expresa, sino por lo que le faltó expresar. Razón por la cual es muy común encontrar sentencias integradoras en los casos del derecho a la igualdad, en los que frente a un derecho, beneficio o prerrogativa no se incluyeron todos los legitimados para esta; por lo que la Corte, en aras de la aplicación directa de la Constitución, extiende esos beneficios a quienes fueron omitidos por el legislador, aún cuando debieron ser tenidos en cuenta. No obstante lo anterior, las sentencias integradoras no son exclusivas de casos de igualdad³⁰.

Para emitir estas sentencias es necesario estar en presencia de una omisión legislativa, que debe ser de carácter relativo, no absoluta porque en esta última no hay

30 Según Martínez (2000, p.24) también se dan sentencias aditivas o integradoras cuando: “la ley al regular un procedimiento o crear una sanción, no incluye ciertos aspectos, cuya omisión genera una regulación inconstitucional. Así (*se puede ver*) en la sentencia C-690 de 1996”. (*cursivas fuera del texto original*).

ningún tipo de regulación normativa. Porque “la ausencia total de normatividad no puede ser cotejada con ningún texto, incluido el de la Constitución, la jurisprudencia ha señalado que frente a este tipo de omisiones (*absolutas*) el juez constitucional se encuentra impedido para ejercer el juicio correspondiente” (Corte Constitucional, Sentencia C-600, 2011)³¹. Juicio que sí puede hacer cuando existe regulación legislativa expresa en una materia determinada que es incompleta, es decir, cuando hay omisiones relativas³²; bien sea porque no tuvo en cuenta a todos “los destinatarios que deberían quedar incluidos en la regulación o porque deja de regular algún supuesto que, en atención a los contenidos superiores del ordenamiento, tendría que formar parte de la disciplina legal de la materia” (Corte Constitucional, Sentencia C-891A, 2006).

Un ejemplo indicativo de este tipo de sentencias se puede observar en la sentencia C-600 de 2011³³, en la que el accionante impugnó la inconstitucionalidad parcial de las expresiones ‘cónyuge, o pariente en primer grado de consanguinidad’ contenidas en los numerales 7 y 8 del artículo 150 del Decreto 1400 de 1970, Código de Procedimiento Civil. Normas que configuraban las causales de recusación de jueces, magistrados y conjueces. En la misma acción también se demandó la expresión ‘cónyuge’ contenida en los numerales 10, 11, 13 y 14 del mismo artículo, ya que a juicio del demandante resultaban inconstitucionales por ir en contra de los derechos fundamentales a la igualdad y la neutralidad que debe revestir a la función judicial.

La Corte procedió a someter los preceptos demandados al examen de constitucionalidad por lo que revisó los enunciados normativos y su interpretación, la cual, en principio, no resulta inconstitucional por su consagración textual, sino que es inconstitucional en la medida en que se configura una omisión legislativa de carácter relativo porque el legislador, en primer lugar, no trató de la misma forma las relaciones entre compañeros permanentes que las de los cónyuges y, en segundo lugar, frente a parientes en primer grado de consanguinidad, omitió dar el mismo

31 Esta sentencia recoge varios pronunciamientos referidos a las omisiones legislativas. *Cfr.*: Corte Constitucional, Sentencias C-543; C-073 (1996); Corte Constitucional, Sentencia C-540 (1997) y Corte Constitucional, Sentencia C-635 (2000).

32 Sobre la materia *Cfr.*: Corte Constitucional, Sentencia C-543 (1996) y Corte Constitucional, Sentencia C-442 (2009).

33 Otros ejemplos de sentencias Aditivas o integradoras pueden verse en: Corte Constitucional, Sentencia C-109 (1995); Corte Constitucional, Sentencia C-690 (1996); Corte Constitucional, Sentencia C-183 (1998); Corte Constitucional, Sentencia C-688 (2002); Corte Constitucional, Sentencia C-043 (2003); Corte Constitucional, Sentencia C-1230 (2005); Corte Constitucional, Sentencia C-029 (2009) y Corte Constitucional, Sentencia C-100 (2011).

trato a los parientes en primer grado civil para efectos de establecer causales de recusación de los magistrados, jueces y conjueces.

Por tal razón, procedió a expedir una sentencia aditiva o integradora que declaró exequibles las expresiones ‘o pariente en primer grado de consanguinidad’ en el entendido de que se les integrara también a los parientes en el primer grado civil, es decir hijo e hija adoptivos o padre o madre adoptantes. Frente a las expresiones ‘cónyuge’ y ‘su cónyuge’ las declaró exequibles en el entendido de incluir al compañero o compañera permanente. En esta decisión la Corte Constitucional (2011) mantuvo vigentes los enunciados demandados, puesto que no eran inconstitucionales *per se*. No obstante, agregó supuestos fácticos y de esta forma procedió a adicionar los contenidos normativos de las causales de recusación para jueces, magistrados y conjueces, con el propósito de que estas se ajustaran a la Constitución y respetaran el derecho fundamental a la igualdad.

3.3 Sentencias sustitutivas

En un tercer grupo de sentencias modulativas de contenido se encuentran las sentencias sustitutivas. Probablemente son las más controversiales de todas las sentencias manipulativas porque en ellas la Corte luego de revisar la constitucionalidad del enunciado y sus interpretaciones, si concluye que estos son inconstitucionales, procede a excluirlos del ordenamiento a través de una declaratoria de inexecutable, lo que genera un vacío normativo que pasa ser llenado con una regulación expresa que sustituye a la anterior.

Esta situación puede afectar gravemente la libertad de configuración del Legislador, el principio democrático y la conservación del Derecho ordinario, puesto que en este caso la Corte se mueve en un delgado lindero que puede resultar en una toma por la fuerza del Poder Legislativo, irrespetando claramente la división de poderes. (Ocampo, 2009, p.11)

Al ser una línea muy delgada entre la labor política y la jurisdiccional, la Corte debe tener presente que estas decisiones son producto de la combinación entre una sentencia de inconstitucionalidad simple y una sentencia integradora (Martínez, 2000, p. 25)³⁴, ocupándose en este último elemento de integrar el ordenamiento jurídico, a través de una interpretación conforme a la Constitución.

De acuerdo a nociones precedentes, las sentencias sustitutivas pueden ser definidas como producto modulativo complejo, en tanto se caracterizan por asumir “una pos-

34 Cfr. Ocampo (2009, p. 11).

tura ablativa, por medio de la cual se neutraliza la inconstitucionalidad advertida, y una postura reconstructiva, dirigida a llenar la laguna normativa creada por el vicio de inconstitucionalidad detectado” (Ramboli, 1996, p.65). Probablemente, este entendimiento complejo de la figura ha llevado a que la Corte Constitucional en la sentencia C-325 de 2009, se haya referido a las sentencias sustitutivas como sentencias integradoras de tipo sustitutivo, en la medida en que con ellas se procede a la sustitución del precepto expulsado y como consecuencia, se logra integrar el ordenamiento jurídico³⁵.

Como ejemplo de sentencia sustitutiva se relaciona a continuación la sentencia C-1235 de 2005³⁶, en la que el accionante demandó la inconstitucionalidad de las expresiones ‘amos’, ‘criados’ y ‘sirvientes’ contenidas en el artículo 2349 del Código Civil Colombiano. Artículo que había perdido eficacia normativa frente a la regulación especial que había traído el Código Sustantivo del Trabajo en materia de relaciones laboral. Sin embargo, la Corte Constitucional procedió a revisar la constitucionalidad de las expresiones acusadas y mediante sentencia sustitutiva determinó declarar inexecutable las expresiones impugnadas, puesto que estas conllevaban al uso de un lenguaje que genera tratos peyorativos y despectivos que desconocían y resultan lesivos de los derechos fundamentales a la igualdad y a la dignidad humana. Dicha declaratoria generó un vacío normativo que la misma Corte llenó al prescribir que las expresiones declaradas como inconstitucionales serían sustituidas por las expresiones: ‘empleadores’ y ‘trabajadores’, puesto que estas últimas sí resultaban ajustadas a la Constitución.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Las técnicas de modulación de contenidos de las sentencias de constitucionalidad se evidencian en las sentencias manipulativas, que son otra herramienta más de la que

35 En la sentencia C-325 de 2009 la Corte trae una denominación distinta a la presentada en este artículo, ya que el tribunal constitucional, habla de *sentencias integradoras* como la categoría general para referirse a las que en aquí se han denominado como: *sentencias manipulativas o modulaciones de contenido*. A su vez, La Corte dice que las sentencias *integradoras* pueden ser de tres tipos: *interpretativas, aditivas y sustitutivas*. Sin entrar a referir con la categoría genérica usada en dicha sentencia, puede apreciarse que las tres especies de sentencias reconocidas por la Corte concuerdan con las desarrolladas en el acápite número 3 del corpus de este texto, como tipos de sentencias modulativas de contenido.

36 Otros ejemplos de sentencias sustitutivas pueden apreciarse en: Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-113 (1993), Corte Constitucional de Colombia, Sentencias C-011; C-012 (1994), Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-445 (1998), Corte Constitucional de Colombia, sentencia C-478 (2003) y Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-468 (2008).

los tribunales constitucionales se valen como recurso interpretativo para alcanzar, conservar y proyectar la guarda de la supremacía e integridad de la Constitución, cuyo valor normativo debe irradiar las demás manifestaciones normativas en un ordenamiento jurídico, si se pretende lograr –en alguna medida– la materialización de sus contenidos programáticos.

Como se ha mencionado, la modulación de contenidos no solo se usa en Estados como el colombiano, con un modelo mixto de control de constitucionalidad, sino que, también encuentra recibo en modelos como el estadounidense, estructurado preponderantemente sobre el andamiaje de un sistema de control de constitucionalidad de tipo concreto. Aunque también se encuentran experiencias de modulación de contenidos en algunos países europeos, los que se han caracterizado por desarrollarla dentro de modelos de control de constitucionalidad de tipo abstracto.

Actualmente no existe una tipología unívoca sobre la modulación de sentencias en el derecho comparado, ni en el derecho colombiano. Situación que no debe ser entendida como problemática, en tanto que implica, de un lado, la existencia y el necesario reconocimiento de la diversidad de situaciones a regular y, de otro lado, la existencia de gran variedad de posiciones teóricas que fundamentan el uso de las técnicas de modulación en escenarios prácticos.

Por último, conviene reiterar que no debe menospreciarse la distinción entre enunciado normativo y norma, porque su reconocimiento y empleo puede conllevar a diversas consecuencias de tipo teórico o práctico; ya sea en los escenarios académicos o en el ámbito de las prácticas judiciales. En suma, como se argumentó en este trabajo, dicha distinción cobra especial relevancia para la conceptualización y utilización de la técnica de modulación de sentencias en la instancia del control de constitucionalidad en Colombia.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. (2008). *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.

ESCOBAR MARTÍNEZ, Lina Marcela. (2006a). La modulación de sentencias. Una antigua práctica europea. *Vniversitas*, N° 112, 91-110.

_____. (2006b). La actividad constitucional del Consejo de estado Colombiano. *Vniversitas*, N° 111, 65-94.

GÓMEZ ISAZA, María Cristina. (1999). Aspectos ideológicos de la interpretación constitucional. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, N° 101, 9-32.

- GROPPI, Tania. (2003). ¿Hacia una justicia constitucional ‘dúctil’? Tendencias recientes de las relaciones entre Corte Constitucional y jueces comunes en la experiencia italiana. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Vol. XXX, N° 107, 481-504.
- GUASTINI, Riccardo. (1999). *Distinguiendo. Estudios de Teoría y metateoría del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- KELSEN, Hans. (1991). *Teoría pura del derecho*, México: Porrúa.
- MARTÍNEZ CABALLERO, Alejandro. (2000). Tipos de sentencias en el control constitucional de las leyes: la experiencia colombiana. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, Vol. 02. No 1, 9-32.
- OCAMPO GÓMEZ, Miguel. (2009). La modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en Colombia. *Boletín del Instituto de Estudios Constitucionales*, N° 17, 7-14.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro. (2004). Tipología de nuestras sentencias Constitucionales. *Vniversitas*, No. 108, 571-602.
- PIZZORUSO, Alessandro. (1981). Las sentencias manipulativas del Tribunal Constitucional italiano. *El Tribunal Constitucional*, Vol. 1, 279-296.
- RAMBOLI, Roberto. (1996). La tipología de las decisiones de la Corte Constitucional en el proceso sobre la constitucionalidad de las leyes planteado en vía incidental. *Revista española de derecho constitucional*, Año 16, N° 84, 35-80.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Abraham. (2004). *Sentencias interpretativas y control de constitucionalidad en Colombia*. Bogotá: Ediciones jurídicas Gustavo Ibañez.
- SOLANO GONZÁLEZ, Édgar. (2007). La Modulación de los efectos de las sentencias de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana. En: Montealegre L, Eduardo. & Cepeda E, Manuel José. (Eds.) *Teoría Constitucional y Políticas Públicas: Bases críticas para una discusión*. (521-614). Bogotá. Universidad Externado de Colombia.
- TOBÓN SANÍN, Gilberto. (2001). *Estado, aparato jurisdiccional y Constitución: dos ensayos*. Medellín: Universidad Nacional De Colombia.

REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-113 (1993)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-109 (1995)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-543 (1996)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-040 (1997)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1046 (2001)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-836 (2001)
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-426 (2002)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-1235 (2005)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-038 (2006)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-820 (2006)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-891A (2006)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-325 (2009)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-600 (2011)

Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-301 (2012)



Título: Sanación
Técnica: Ilustración digital
impresa sobre madera
Dimensión: 50 x 35 cm
Año: 2013

HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA. UNA INTRODUCCIÓN*

* El artículo fue la parte introductoria del informe final presentado en el marco de la investigación: "Destruyendo un proyecto de Nación. El enfrentamiento regional Cauca-Antioquia en el marco del estado federal" que realizado en la Pontificia Universidad Javeriana Cali en dos fases que fueron entre 2007 y 2009. Otro resultado de ese proyecto ya se publicó como libro autónomo.

Fecha de recepción: marzo 5 de 2014

Fecha de aprobación: junio 10 de 2014

HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA. UNA INTRODUCCIÓN

*Ricardo Zuluaga Gil**

RESUMEN

Dejando muy claro que se trata de un trasplante jurídico, el presente texto se ocupa de dar una mirada de conjunto a lo que han sido los dos siglos de desenvolvimiento del constitucionalismo en Colombia desde los momentos germinales de este proceso hacia 1810, en el marco de lo que se ha venido a conocer como la Primera República, y concluye con una mirada a lo que fue el complejo proceso de expedición de la Constitución de 1991. El escrito hace especial hincapié en la permanencia de las discontinuidades en lo que tiene que ver con la vigencia de los nueve distintos proyectos constitucionales que se han propuesto en nuestro medio, realidad a la que no escapa la actual Constitución, objeto ya de numerosas reformas.

Palabras clave: formación constitucionalismo, constitucionalismo Colombia, constituciones Colombia.

HISTORY OF THE CONSTITUTIONALISM IN COLOMBIA: AN INTRODUCTION

ABSTRACT

Making it clear that this is a legal transplant, this text gives an overall look about the two centuries of Colombian constitutionalism development from the germinal stages for 1810 in the framework of which has become known as the First Republic and concludes with a look on the complex process of issuance of the 1991 Constitution. The paper strongly emphasizes in the permanence of discontinuities in what has to do with the validity of the nine different constitutional projects that have been proposed in our environment, even with the present Constitution, already subject of numerous reforms.

Keywords: constitutionalism formation, constitutionalism in Colombia, Colombian constitutions.

* Abogado, doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca. Ha sido profesor titular en la Pontificia Universidad Javeriana sede Cali y director del Departamento de Ciencia Jurídica y Política de esa institución y también fue director de la revista *Criterio Jurídico*, publicada por esa Universidad. Fue decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Buenaventura Cali. Actualmente es docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Oriente. rilezugi@gmail.com

HISTORIA DEL CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA. UNA INTRODUCCIÓN

1. PRELIMINAR

Desde tiempos inmemoriales, toda comunidad humana, que es necesariamente una comunidad política, se ha visto obligada a resolver un problema tan fundamental como inevitable: el que está referido al ejercicio del poder público en ese conglomerado, entendido éste poder como la facultad que tiene un órgano o un individuo para imponerse, incluso por la vía de la fuerza, sobre las demás personas con el fin de asegurar un orden social mínimo. Tenemos así que desde la más remota antigüedad (V.gr. Sumeria, Babilonia, Asiria, Israel, y Egipto), en cualquier lugar donde haya habido dos o más sujetos conviviendo de manera estable, necesariamente ha existido un tercero que ha establecido las reglas que han garantizado la armónica coexistencia de ese grupo de individuos constituidos en comunidad política. En la antigüedad, ese tercero podía ser un órgano colegiado como el sanedrín hebreo o el senado romano, o podía tratarse de un individuo al que indistintamente se le llamaba faraón, rey o emperador y cuyo acceso al poder se producía bien por la vía de la fuerza o bien por la vía de la sucesión hereditaria. En todo caso, cualesquiera fuera la modalidad escogida, ambas se caracterizaban porque ellas permitían la posibilidad de un ejercicio omnímodo e incontrolado de ese poder.

Una vez hemos admitido, al menos teóricamente, que el poder político es una realidad inevitable que deben enfrentar los hombres que vivan en comunidad, aparecen dos problemas adicionales por resolver:

- Primero: cómo asegurar que ese poder sea legítimo, esto es, que él sea producto del consenso y del acuerdo y no de la mera imposición de la fuerza bruta, o de una supuesta concesión hereditaria de origen divino, según la cual el poder lo ejercían ciertos individuos por voluntad de los dioses.¹

1 Una inveterada tradición, reafirmada con la expedición de las leyes sálicas, históricamente sólo le permitió el acceso al trono a los varones, estableciendo la preferencia absoluta de éstos sobre la mujer, así que a falta de hijos el trono pasaba a un hermano, un sobrino, o un primo y así sucesivamente hasta el más próximo varón. Entre las escasas casas reinantes en el mundo, como la casa imperial de Japón, todavía siguen este criterio.

- Segundo: una vez establecido ese poder político, cómo asegurar que el ejercicio del mismo no se vuelva en contra de los asociados, como tantas veces ha ocurrido en la historia, a lo largo de la cual hemos visto numerosos gobernantes disponiendo de la vida, de la libertad, y del patrimonio de los individuos, en muchas ocasiones sin tener en cuenta ningún principio racional, así como tampoco ninguna idea de justicia y en ocasiones obrando simplemente movidos por la necesidad de satisfacer un simple capricho personal.

Pues bien, a tratar de resolver estas dos cuestiones es que a lo largo de su desarrollo se ha dedicado el constitucionalismo moderno, ese movimiento filosófico-político surgido teóricamente a partir del siglo XVII que se ocupa de proponer una manera diferente de gobernar a los hombres y por sus logros en la superación del absolutismo, es sin duda uno de los mayores aportes que el pensamiento liberal clásico le ha legado a la modernidad.

Ahora bien, ¿qué es el constitucionalismo? Pues bien, él debe ser entendido como el conjunto de principios a partir de los cuales se formulan una serie de reglas de procedimiento que buscan asegurar el adecuado ejercicio del poder político por parte de sus titulares. Para lograr sus objetivos, este movimiento filosófico-político acude a las siguientes estrategias:

- De una parte enuncia claramente cuáles son las facultades que pueden legítimamente ejercer las autoridades públicas, ello con la finalidad de que no incurran en excesos o arbitrariedades.
- De otro lado, enumera un catálogo de derechos inherentes a la persona humana y que son inalienables e imprescriptibles. De ellos gozan los individuos por la sola condición de seres humanos y por tanto no necesitan ser reconocidos por el Estado ni por sus autoridades. Esos derechos son, entre otros, la vida, la libertad, la igualdad, la dignidad, la seguridad, y la felicidad.
- Establece, además, que el poder debe ser expresión de la voluntad popular y no producto del ejercicio de la fuerza, ni tampoco puede ser concebido como la concesión de una supuesta voluntad divina.
- Implanta el principio de la separación del poder público en varias ramas (ejecutiva, legislativa y judicial), para evitar su concentración en una sola fuente y también para que cada una sirva de contrapeso de las funciones de la otra, y de esta forma se controlen mutuamente.
- Por último, aspira a que esta serie de enunciados se exprese por escrito y de manera sistemática en un documento llamado Constitución, que, además, tiene vocación de supremacía frente a las demás normas que conforman el ordenamiento jurídico.

Pero llegar a conclusiones como estas le demoró muchos años a la humanidad, que durante varios milenios se vio sometida a gobiernos despóticos, autoritarios y tiránicos bajo los cuales la sociedad quedaba sujeta a la voluntad unilateral y arbitraria del gobernante de turno. En este orden de ideas, podemos afirmar que el origen del constitucionalismo se puede remontar, sin que este sea un dato muy preciso, a la célebre Carta Magna de Inglaterra expedida en 1215 por el Rey Juan, ante la evidente rebeldía de un importante grupo de sus súbditos, especialmente miembros de la nobleza inconformes con los abusos en que incurría ese gobernante. Ese manuscrito tiene el mérito de ser el primer documento conocido mediante el cual una comunidad política consiguió establecer ciertas garantías sobre la manera como se ejercía el poder político, aunque se trataba de una comunidad muy reducida, pues los derechos y privilegios que ella otorgaba sólo se reconocían en favor de los nobles del reino, tal como ella lo declaraba.²

La Carta Magna, estableció, entre otras muchas disposiciones, el siguiente catálogo de garantías:

Por simple falta un hombre libre será multado únicamente en proporción a la gravedad de la infracción y de modo proporcionado por infracciones mas graves, pero no de modo tan gravoso que se le prive de su medio de subsistencia (Disposición 20).

Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino (Disposición 39).

En lo sucesivo todo hombre podrá dejar nuestro reino y volver a él sin sufrir daño y sin temor, por tierra o por mar, si bien manteniendo su vínculo de fidelidad con Nos, excepto en época de guerra, por un breve lapso y para el bien común del Reino (Disposición 42).

El segundo paso en el proceso de consolidación del constitucionalismo fue muy lento y también se dio en Inglaterra con la llamada Gloriosa Revolución de 1688, que supuso una profundización muy significativa del discurso constitucional al ampliar el número de derechos y extenderlos a otros grupos de la población diferentes a la nobleza, todo lo cual quedó consagrado en el famoso *Bill of Rights* de ese año. Y

2 Otros antecedentes, pero menos conocidos, son: la Constitución de las Cortes de León, expedida en 1188 bajo el reinado de Alfonso IX; la Bula de Oro de 1222 sancionada por el rey Andrés II de Hungría; las llamadas Constituciones de Melfi o Liber Augustalis, que fue un código legal expedido para Sicilia el 1 de septiembre 1231 por el emperador Federico II y que sirvió como norma fundamental para ese reino durante los siguientes seis siglos. Finalmente, los Fueros de Aragón promulgados en 1247, bajo el reinado de Jaime I.

este es un momento que se puede considerar de una importancia radical, porque esa fue la primera de aquellas revoluciones ocurridas durante la modernidad en el mundo occidental y a través de las cuales se comenzó a poner fin a las monarquías absolutas de derecho divino y se entregó el control del gobierno a una clase social emergente: la burguesía. Posteriormente, casi cien años después, las trece colonias inglesas de Norteamérica, con su revolución de independencia de 1776, no solo dieron origen a los actuales Estados Unidos, sino que avanzaron un paso muy importante en la consolidación del constitucionalismo, pues a ellos les debemos la incorporación de las siguientes innovaciones en materia constitucional:

- Supresión absoluta de la forma monárquica de gobierno e implantación del sistema republicano.
- La Constitución como un texto escrito y sistematizado.³
- Creación del sistema federal de gobierno, único medio de cohesionar las que entonces eran unas comunidades muy aleccionadas en su propio autogobierno.
- Clara noción de supremacía constitucional.
- Control de constitucionalidad para prevenir la vulneración de esa que se reconocía como ley fundamental.

El movimiento constitucionalista se puede considerar definitivamente asentado con la Revolución Francesa de 1789, pues ese movimiento no sólo expidió ese mismo año la famosa declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano que entre otras garantías predicaba que “*Todos los hombres nacen libres e iguales ante la ley*”, sino que propició la promulgación de la primera Constitución de ese país en 1791.⁴ Sin embargo, fueron las ejecuciones del rey Luis XVI y de su esposa María Antonieta, llevados a la guillotina en 1793, lo que mostró con toda claridad que algo muy profundo estaba cambiando en la forma como se concebía el gobierno de los pueblos. A partir de ese momento comenzó el lento pero incuestionable desmoronamiento de los milenarios gobiernos autocráticos y dictatoriales y se dio inicio a una nueva era política que iba a sepultar ese modelo que a partir de entonces se ha denomi-

3 La idea de que la Constitución británica es completamente consuetudinaria no es muy precisa. Hay un conjunto amplio de documentos como la misma Carta Magna de 1215, la Carta de Derecho de 1689, las Cartas Parlamentarias de 1911 y 1949, o la Carta de Establecimiento de 1701 que sumadas a ciertas prácticas parlamentarias, regias, y judiciales, conforman el sistema constitucional británico.

4 A diferencia de la sociedad norteamericana que desde 1787 hasta hoy ha estado regida por un solo texto constitucional, los franceses, segunda sociedad con codificación escrita y sistematizada, han tenido hasta ahora catorce textos constitucionales. Adicionalmente, a lo largo de este período los franceses se han debatido intermitentemente entre la monarquía y la república, pues han sido varios los episodios en los que los proyectos restauracionistas de la tradición monárquica se han impuesto.

nado *l'ancien regime* y que fue el término peyorativo con que los revolucionarios franceses designaron a la forma política anterior a 1789.

2. EL CONSTITUCIONALISMO EN COLOMBIA

El extenso imperio español no podía permanecer ajeno a la agitación general que a finales del siglo XVIII se vivía en el hemisferio occidental y que se dirigía contra las formas tiránicas y abusivas de poder entonces imperantes. De forma tal que ese movimiento que predicaba la igualdad de los hombres y el ejercicio del gobierno al servicio de los pueblos, también iba llegar a sus dominios, como ya lo había hecho en Inglaterra, Estados Unidos y Francia. De manera particular, a finales del siglo XVIII en la actual Colombia, que entonces se denominaba Virreinato de la Nueva Granada, se estaban dando los primeros pasos de la Revolución constitucional que de manera casi general se estaba presentando en casi todo el continente.⁵

De una parte, la Revolución de los Comuneros llevada a cabo en 1781 al grito de *Viva el Rey y muera el mal gobierno*, supuso un primer cuestionamiento serio al ejercicio de la autoridad política.⁶ Por otra parte, la Expedición Botánica iniciada en 1783 le había demostrado a la joven intelectualidad neogranadina que la mayoría de los fenómenos (sociales, naturales y políticos), más allá de explicaciones metafísicas y presupuestas, era posible comprenderlos a partir del razonamiento científico, producto del pensamiento racional. Finalmente, otro mojón importante fue la traducción que Antonio Nariño hizo en 1793 de la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y el Ciudadano. Todos ellos en su conjunto, entre otros, pueden ser considerados el agregado de hechos que fue preparando el ingreso del ideario liberal en la Nueva Granada y que fue abonando el terreno para que entre 1810 y 1820 se llevara a cabo la revolución que le permitió a este Virreinato independizarse de España e ingresar al grupo de países que dejaban de lado la tiranía y

5 América Latina vino a constituirse así en el tercer acto del movimiento constitucional, pues el primero fue el británico (Inglaterra-EE.UU.) y el segundo el francés. A lo largo del siglo XIX el constitucionalismo se iba a extender por la casi totalidad de los países de Europa, mientras que en el siglo XX, y en estos comienzos del XXI el movimiento sigue avanzando, no sin alguna dificultad, por los estados asiáticos. También lo hace, pero con mayores trabas por las siempre inestables sociedades africanas.

6 Históricamente este movimiento ha estado muy asociado con los levantamientos llevados a cabo en la entonces provincia del Socorro (hoy departamento de Santander). Y sin bien es verdad que ese es el de mayor significación política, no es menos cierto que la insurrección comunera se dio a lo largo y ancho del país, en sitios como Neiva, Guarne (Antioquia), Tumaco, Casanare y la vecina Mérida en Venezuela.

comenzaban a gobernarse a través de una Constitución, de la misma forma que lo estaban haciendo en esa misma época la mayoría de los países de América Latina.⁷

Vistas así las cosas, parece válido afirmar que Colombia llegó de forma más bien temprana al movimiento constitucionalista, pues hasta ese momento, como ya se vio, solamente Inglaterra, Estados Unidos y Francia, aplicaban este sistema de Gobierno. Ahora bien, en este punto hay una cuestión más interesante por resolver, y es la que está referida a la manera como Colombia ha adoptado y practicado este modelo, a la profundidad y fortaleza de nuestras instituciones constitucionales, históricamente amenazadas por la confrontación civil bipartidista que se extendió hasta 1958, y que recientemente han sido puestas en jaque por fenómenos como el narcotráfico, el paramilitarismo y, sobre todo, la corrupción política. Todos ellos son deformaciones que atentan contra la vigencia de un verdadero discurso constitucional y nos obligan a pensar por momentos que en nuestro caso este sistema es un mero formalismo, que el nuestro es un constitucionalismo de papel,⁸ incapaz de asegurar un adecuado y correcto funcionamiento de la totalidad de las instituciones políticas y sociales.

3. LAS CONSTITUCIONES HISTÓRICAS DE COLOMBIA

Hay una cuestión que a partir de las evidencias históricas se hace muy notoria, y es el hecho de que en los ya casi 200 años de vida independiente, nuestra sociedad ha sido incapaz de alcanzar un consenso constitucional lo suficientemente profundo y duradero, de la manera como esta técnica de organización política lo exige. Una de las razones que puede explicar esta dramática realidad, es el hecho de que el desenvolvimiento histórico de nuestro constitucionalismo ha sido muy agitado desde cuando en la segunda década del siglo XIX se comenzó a difundir e implementar este ideario en las provincias que entonces conformaban el Virreinato de la Nueva Granada. Para corroborar esta afirmación basta tener en cuenta que entre 1811-1816 en lo que hoy es Colombia estuvieron vigentes nueve constituciones provinciales⁹ y no hubo nunca alguna que tuviera alcance nacional, como equivocadamente lo ha

7 Entre 1810 y 1825 se iba a desmoronar la totalidad de imperio español en América, pues la monarquía española solamente iban a conservar como posesiones en este continente a Cuba y Puerto Rico, mismas que finalmente perdió en la Guerra de 1895.

8 La expresión es bien conocida y le da título a una conferencia pronunciada por Ferdinando Lasalle en Berlín en 1862. De ella se desprendió luego el opúsculo que lleva el mismo nombre y que ha sido ampliamente difundido desde entonces.

9 Establecer un número preciso y completo de constituciones de esta época no es fácil, dada la escasez de fuentes y las especiales circunstancias en medio de las cuales ellas fueron producidas. Al efecto me atengo a una voz tan autorizada como la de: RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Primeras constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993.

querido hacer ver desde siempre la historiografía tradicional que insiste en darle el carácter de tal a la Constitución de Cundinamarca de marzo de 1811, cuando ella es una simple Constitución más, la primera eso sí, pero una más entre esas nueve que se expidieron. De suerte pues que la de Cundinamarca es la primera Constitución que hubo en Colombia, pero no la primera Constitución de Colombia,¹⁰ como lo muestra el siguiente cuadro.

TERRITORIO	CONSTITUCIÓN	
Cundinamarca	Constitución de Cundinamarca	4 de abril de 1811
Tunja	Constitución de la República de Tunja	23 de diciembre de 1811
Antioquia	Constitución del Estado de Antioquia	21 de marzo de 1812
Cundinamarca	Constitución de la República de Cundinamarca	17 de abril 1812
Cartagena de Indias	Constitución del Estado de Cartagena de Indias	14 de junio de 1812
Popayán	Constitución de Popayán	17 de julio de 1814
Mariquita	Constitución del Estado de Mariquita	21 de junio de 1815
Antioquia	Constitución provisional de la provincia de Antioquia	30 de julio de 1815
Neiva	Constitución de Neiva	31 de agosto de 1815

Ahora bien, la realidad que se vivió en esa década resulta mucho más compleja de interpretar de lo que a simple vista aparece, pues en medio de la efervescencia política del momento no solo nunca se dio una Constitución nacional, sino que tampoco hubo jamás una independencia nacional, tal como igualmente lo han querido hacer ver los historiadores oficiales. Por el contrario, además

10 Este dato también podría resultar discutible si se tiene en cuenta de forma muy temprana, el 15 de agosto de 1810 fue expedida el Acta Constitucional del Socorro, que es considerada como el primer y más significativo antecedente de nuestro constitucionalismo. Una transcripción de este interesante texto en: MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia*, Universidad Nacional – Ibáñez, Bogotá, 2011, pp. 21-24.

de esas nueve constituciones provinciales, desde 1810 hubo numerosas actas de proclamación de juntas de gobierno, actas orgánicas de gobierno, actas de autonomía, y finalmente actas de independencia que se habían comenzado a expedir desde 1811.¹¹ Así pues, las complejidades que dificultan comprender cabalmente el proceso constitucional colombiano son de tal naturaleza, que ni siquiera existe acuerdo en cuanto a la fecha de inicio de nuestra historia constitucional.¹²

Pese a lo anterior, la historiografía nacional, con un sentido más patrioter que científico, ha edificado sobre una gran falacia histórica el comienzo de nuestra nacionalidad. Se trata de la mal llamada Acta de Independencia de julio 20 de 1810, documento que resulta muy problemático al momento de considerarlo como el acto fundacional de la República. Veamos por qué:

- Ese escrito no proclamaba la independencia del Virreinato de la Nueva Granada respecto del dominio español. Por el contrario, en esa Acta son muy evidentes las muestras de adhesión al Rey de España. El documento carece de una manifestación independentista suficientemente expresa, como si la tienen otros escritos similares emitidos por ciudades como Cartagena (1811), Tunja (1812), y Antioquia (1813), solo por citar algunas.
- Ese documento no tenía alcance nacional, pues se trata de un acto jurídico emanado por el Cabildo de la ciudad de Santa Fe (lo que hoy equivaldría a un acuerdo del Concejo de Bogotá) y por ende no reflejaba la voluntad de la representación nacional.

Vistas así las cosas, y contra lo que se ha querido hacer ver siempre, Colombia no surgió como como un claro proyecto de unidad nacional y mucho menos lo hizo como una república unitaria. Lo que se dio fue la aparición de un grupo de repúblicas relativamente independientes las unas de las otras, lo cual significa que el inicio de nuestro proceso constitucional se caracterizó fue por una intensa atomización territorial que ponía de manifiesto las profundas tensiones que se vivían entre la capital del virreinato y ciudades de la periferia como Cartagena y Medellín. Solo

11 En lo que hoy es Colombia, históricamente se produjeron los siguientes actos de independencia: Cartagena (noviembre 11 de 1811), Cundinamarca (julio 16 de 1813), Antioquia (agosto 11 de 1813), Tunja (diciembre 10 de 1813) y Neiva (febrero 8 de 1814). Sobre este particular, Cf. QUINTERO MONTIEL, Inés y Armando Martínez Garnica (Eds.). *Actas de formación de juntas y declaraciones de independencia (1809-1822). Reales Audiencias de Quito, Caracas y Santa Fe*, T. II, UIS, Bucaramanga, 2008.

12 Sobre esta cuestión son útiles los siguientes textos: ZULUAGA GIL, Ricardo. Las vicisitudes de la Primera República en Colombia (1810-1816). La interpretación centralista de nuestro proceso de Independencia, en *Revista de Derecho* N° 38, Universidad del Norte, Barranquilla, 2012, pp. 225 a 239 y REYES CÁRDENAS, Ana Catalina. El derrumbe de la primera república en la Nueva Granada entre 1810 y 1816, en *Historia Crítica* No. 41, Universidad de los Andes, Bogotá, mayo-agosto 2010, pp. 38-61.

fue hasta finales de 1811, y ante el revés de un proyecto de unidad nacional que se produjo en el marco de un segundo congreso general que se celebró en noviembre de ese año, que se suscribió el Acta de Confederación de las Provincias Unidas de la Nueva Granada, firmada el 27 de ese mes y que en su preámbulo advertía que ellas:

*... formal y solemnemente han proclamado sus deseos de unirse a una **asociación federativa**, que remitiendo a la totalidad del gobierno general las facultades propias y privativas de un solo cuerpo de nación reserva para cada una... su **libertad, su soberanía y su independencia**. (Negrillas fuera de texto).*

Quienes suscribieron esa Acta tenían muy claro que se trataba de un documento cuya naturaleza jurídica era de carácter confederal, por lo tanto, ella fue considerada como un tratado sujeto a ratificación por parte de las legislaturas de las provincias adherentes y con la pretensión de ser sustituida más adelante por una Constitución federal, tal como lo dispuso el art. 77.

*Los presentes tratados serán presentados a la ratificación o sanción de las **provincias**, por medio de sus legislaturas, juntas o gobiernos provinciales, suficiente y competentemente autorizados a este fin; y las mismas se entenderán en lo sucesivo para cuanto pueda ocurrir. (Negrillas fuera de texto).*

Por otra parte, el artículo 60 establecía que:

*Para la debida organización de estos poderes, o el más acertado desempeño de sus funciones, el Congreso hará los reglamentos que estime oportunos, mientras que una **Constitución definitiva** arregla los pormenores del gobierno general de la Unión”¹³ (Negrillas fuera de texto).*

Infortunadamente, esa Constitución federal que debía expedirse para constituir definitivamente la República nunca se promulgó, por cuanto, como es ampliamente conocido, ese primer modelo de organización fracasó a partir del triunfo de la campaña de reconquista española que había sido iniciada a mediados de 1815 por el general Pablo Morillo. Verificado el triunfo de las tropas realistas, se dio el pleno restablecimiento de la institucionalidad colonial con la plenitud de autoridades españolas a la cabeza del gobierno, al menos durante los tres años subsiguientes.

13 Obsérvese que en ese momento en Colombia estábamos replicando las mismas etapas que se dieron en EE.UU., donde lo primero que ocurrió fue que las 13 colonias que dependían de la Gran Bretaña se independizaron el 4 de julio de 1776 y se convirtieron en estados; siendo Virginia la primera con su Constitución de junio de 1776. Luego, en 1781, entra en plena vigencia el pacto de Confederación que había sido suscrito por esas colonias en 1777. Finalmente, en 1787 se expidió la Constitución federal, actualmente vigente y en cuyo preámbulo se dice que: “Nosotros, el pueblo de los Estados Unidos, a fin de formar una Unión más perfecta...”, es decir una unión federal, que es más profunda que la endeble unión confederal. Ese último paso, el de la creación de la federación, fue el que entre nosotros nunca se dio.

La reconquista, que fue dura y brutal, sobre todo por la excesiva represión que ejerció España sobre los líderes de la revolución de independencia, se constituyó en un acontecimiento capital que no solo aniquiló los esfuerzos de la naciente organización republicana, sino que también hundió en el desprestigio al proyecto federal como opción organizativa del Estado. Así puede deducirse de lo expresado por José Manuel Restrepo, padre de nuestra historiografía y testigo y participante directo de esos hechos:

... al principio de la revolución, animados los políticos bisoños de la Nueva Granada con el rápido crecimiento y prosperidad de los estados Unidos de Norteamérica, habían adoptado inconsideradamente sus constituciones demasiado liberales para pueblos educados bajo la inquisición y el despotismo colonial [...] Enseñó muy pronto la experiencia que esas constituciones, aunque sabiamente calculadas para los pueblos de la América del Norte, eran insuficientes para defender y mantener en paz a los habitantes de la Nueva Granada, dominados en gran parte por la superstición, el fanatismo, los hábitos de la esclavitud y cien pasiones diversas.¹⁴

Eso explica bien que después de recuperada la Independencia a partir de 1819, y cuando se dio comienzo a la reorganización y consolidación de la República en el seno del Congreso constituyente de Cúcuta celebrado en 1821, el temor al regreso del domino hispánico llevará a ese cuerpo a hacer una fuerte apuesta por un modelo de Estado unitario centralizado, capaz de hacerle frente a la posibilidad de una nueva reconquista por las tropas del rey.¹⁵ Por eso fue que la Constitución de ese año se decantó por el modelo unitario centralizado. Y lo hizo a pesar de que el debate sobre esa cuestión fue uno de los más intensos de los que se llevó a cabo en ese cuerpo constituyente y de que se hubiesen presentado propuestas de consenso, entre las que estaba la de aprobar un modelo federal en ese momento, pero para ponerlo en práctica en una oportunidad posterior. Finalmente, opiniones como las del prestigioso Pedro Gual terminaron por imponerse. Decía él que:

Los gobiernos caminan con los hombres, por grandes que sean sus esfuerzos. Reunida en este Congreso la quintaesencia de los talentos de Venezuela y Nueva Granada, apenas podremos todavía formar un gobierno lleno de mil imperfecciones. ¿Cómo, pues, dividirnos? Establecer el sistema federal sería el colmo del delirio.¹⁶

14 RESTREPO, José Manuel. *Historia de la Revolución de la República de Colombia en la América Meridional*, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1942, pp. 149-150.

15 En efecto, después del descalabro de la primera expedición militar de reconquista, en 1820 Fernando VII tenía acantonado un poderoso ejército con el cual pensaba someter nuevamente a la corona española estos territorios. La expedición se frustró con ocasión del levantamiento liberal que se produjo en España a partir de 1820 y que impidió a ese monarca español llevar a cabo su proyecto de retoma militar de las antiguas colonias.

16 Citado por UPRIMNY, Leopoldo. *El pensamiento filosófico y político en el Congreso de Cúcuta*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2010, p. 66. Sobre este momento singular de la historia constitucional

No obstante, una vez refundada la República como un proyecto unitario, desde entonces y hasta ahora, ha sido necesario afrontar una dificultad que ha resultado persistente: la inestabilidad de nuestras instituciones, una problemática que con el paso de los años ha venido a constituirse en una realidad estructural de nuestra ordenación político institucional. Baste para ello saber que desde ese año fundacional de la República (1821), hasta el presente, hemos tenido nueve constituciones nacionales que vienen a concluir con la actualmente vigente, expedida el 5 de julio de 1991. Ellas le han dado al menos cuatro nombres a la República y han establecido diversas formas de Estado, así:

Año de la Constitución	Nombre del Estado	Forma de Estado	Forma de Gobierno	Duración	Orientación ideológica¹
Constitución de 1821	República de Colombia ²	Unitario centralizado	Presidencialista	7 años	Conservadora
Constitución de 1830	República de Colombia	Unitario centralizado	Presidencialista	22 meses	Conservadora
Constitución de 1832	República de la Nueva Granada	Unitario descentralizado	Presidencialista	11 años	Liberal
Constitución de 1843	República de la Nueva Granada	Unitario centralizado	Presidencialista	10 años	Conservadora
Constitución de 1853	República de la Nueva Granada	Unitario descentralizado	Presidencialista	5 años	Liberal
Constitución de 1858	Confederación Granadina ³	Federal	Presidencialista	3 años	Liberal
Constitución de 1863	Estados Unidos de Colombia	Federal	Presidencialista	23 años	Liberal
Constitución de 1886	República de Colombia	Unitario centralizado	Presidencialista	105 años	Conservadora
Constitución de 1991	República de Colombia	Unitario descentralizado	Presidencialista	22 años	Social

también: RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *El Congreso Constituyente de la Villa del Rosario de Cúcuta*, Universidad Externado, Bogotá, 1990.

Claro que en el marco de este contexto no podemos dejar de mencionar el hecho de que entre 1855 y 1886, durante la vigencia del Estado federal, fueron 43 las constituciones expedidas por los nueve estados que integraban la Federación, así:

Antioquia	5
Bolívar	4
Boyacá	4
Cauca	3
Cundinamarca	7
Magdalena	4
Panamá	7
Santander	3 ¹⁷
Tolima	6

Pero como si lo anterior fuera poco, cada una de esas numerosas constituciones ha sido sometida en su momento a múltiples procesos de reforma. De manera muy particular, la Ley Fundamental de 1886, que por ser la de más dilatada duración en nuestro país (105 años) se ha entronizado en el imaginario popular como un referente de estabilidad constitucional, fue objeto de setenta y un alteraciones de su articulado, algunas de las cuales, como la de 1910 o la de 1936, incorporaron cambios de orientación ideológica y filosófica tan profundos, que en la práctica equivalían a una sustitución del orden político y jurídico hasta entonces vigente, pues la primera restableció derechos fundamentales y consagró un razonable equilibrio de poderes, que hasta entonces era inexistente; mientras que la segunda incorporó en nuestro sistema algunas de las instituciones propias del estado social de derecho, tales como las limitaciones a la propiedad privada o la protección al trabajador.¹⁸

17 El estado de Santander, donde arraigaron fuertemente las ideas liberales, es un caso muy interesante, porque mantuvo unos niveles de estabilidad muy superiores a los que presentaban las demás partes de la Federación. El mejor ejemplo es que la Constitución de 1862 estuvo vigente hasta 1886, es decir, 24 años, lo cual la hace la segunda Constitución con más vigencia en Colombia después de la de 1886.

18 Las reformas de ese texto comenzaron con la expedición de la Ley 41 de 1894 que modificaba los arts. 76 y 201, y culminaron con la expedición del Acto Legislativo N° 1 de 1991, promulgado el 31 de mayo de ese año, cuando la centenaria Constitución se encontraba prácticamente agonizando en razón de que la Asamblea Nacional Constituyente estaba ya culminando sus trabajos. Sobre este particular, Cf. ZULUAGA GIL,

La inestabilidad constitucional ha sido pues un elemento característico de nuestro discurso constitucional que se remontan incluso a nuestra Constitución fundacional, porque la de Cúcuta fue un texto repleto de buenas intenciones en materia de estabilidad. No de otra forma se puede entender lo que mandaba el art. 191 de ese texto: “*Cuando ya libre toda o la mayor parte de aquel territorio de la República que hoy está bajo el poder español, pueda concurrir con sus representantes a perfeccionar el edificio de su felicidad, y después que una práctica de diez o más años haya descubierto todos los inconvenientes o ventajas de la presente Constitución, se convocará por el Congreso una gran Convención de Colombia autorizada para examinarla o reformarla en su totalidad*”.

Sin embargo, pese a la gravedad y solemnidad de esta declaración, transcurridos escasos siete años de vigencia de esa norma, exactamente para agosto de 1828, la Constitución de Cúcuta, sin siquiera haber sido reformada, simplemente había dejado de existir y lo había hecho por la vía de facto, pues a través de una norma excepcional, Simón Bolívar suprimió la Constitución vigente y expidió un Decreto Orgánico a través del cual instauró un régimen dictatorial que se extendió a lo largo de dos años. De esa manera se inauguró una persistente tradición de inestabilidad institucional que se ha extendido hasta nuestros días. No de otra forma se puede entender que la duración promedio de nuestras constituciones sea de solo 21 años, o que hayamos tenido constituciones como la de 1830 que únicamente rigió durante 22 meses (entre mayo de 1830 y febrero de 1832), o la de 1858 que escasamente duró 40 meses (entre mayo de 1858 y septiembre de 1861). En un contexto de estos, resulta más que meritorio que la muy liberal Constitución expedida en Rionegro en 1863, que era lógicamente laica y federal, hubiera durado más de 20 años en medio de los ataques a que fue sometida durante su vigencia por parte de las fuerzas que defendían las posiciones más conservadoras de nuestra sociedad. Es más, en favor de ese texto también hay que decir que él solamente fue sometido a una reforma, la que le fue incorporada en 1876 y que determinaba que las elecciones para presidente de la República se hicieran al mismo tiempo en los nueve estados que entonces conformaban la Unión.¹⁹

Por eso, y frente a una realidad como esta, no resulta extraño que a finales del siglo XIX, Miguel Antonio Caro, el célebre gramático bogotano que tanta fama nos ha dado en el campo de la lengua, pero que para nuestra mala fortuna decidió

Ricardo. ¿Supremacía o reforma? Una aproximación a la constitución con especial referencia a Colombia, en *Universitas* N° 116, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008, pp. 31-52.

19 Cf. POSADA CARBÓ, Eduardo. Elecciones y guerras civiles en la Colombia del siglo XIX: la campaña presidencial de 1975, en *Historia y Sociedad* N° 4, pp. 87 a 121.

dedicarse a la política, nos hubiese definido como un país *epiléptico* en materia constitucional.²⁰

Una posible, pero no definitiva explicación de esta anómala realidad, puede estar en el hecho de que al menos a lo largo del siglo XIX, la mayoría de nuestras constituciones no fueron producto del consenso, sino que fueron impuestas por el partido que resultaba triunfante en medio de las numerosas guerras civiles, pronunciamientos militares y cuartelazos, fenómenos de tan frecuente ocurrencia a lo largo de esa centuria. Y es que en ese entonces como hoy, en Colombia en muy pocas ocasiones el disenso constitucional ha sido debatido y resuelto en el Congreso, que es el escenario natural que la democracia tiene previsto para desarrollar este tipo de confrontaciones. Por el contrario, la historia nos muestra fehacientemente que en este país la oposición a la Constitución se ha trasladado siempre al campo de batalla, tal como todavía hoy sigue ocurriendo. Ello ha dado paso a una realidad que fue resumida de forma muy certera por Carlos Albán, cuando refiriéndose al proceso de expedición de la Constitución de 1886 dijo que: “*Una Constitución que se expide entre el humo de los últimos tiros, no es una Constitución sino una diana de triunfo*”.²¹ Infortunadamente, el dramatismo de esta frase referida a una mera situación coyuntural, la irregular sustitución de la Constitución de Rionegro de 1863, no hace más que resumir nuestra tradicional incapacidad como sociedad para lograr consensos constitucionales duraderos.²²

Pero hay quienes se oponen a este argumento de la fluctuación constante afirmando que la Constitución de 1886 tuvo una vigencia de más de un siglo y ello la haría un paradigma de estabilidad. Sin embargo, este es un dato que resulta verdadero sólo a medias. Baste para ello saber que durante su vigencia, además de las múltiples reformas formales a que fue sometido el texto, ocurrieron numerosas situaciones

20 CARO, Miguel Antonio. *Estudios Constitucionales y Jurídicos*, Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1986. p. 246.

21 RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituyentes y constitucionalistas del siglo XIX*, Banco Popular, Bogotá, 1986, p. 38.

22 En efecto, la derogatoria de la Constitución de 1863 se tuvo que realizar violentando todos mecanismos que ella establecía para llevar a cabo este procedimiento y que eran tan exigentes que la hacían prácticamente, tal como se desprende de lo que disponía el art. 92 de ese texto: “*Esta Constitución podrá ser reformada total o parcialmente con las formalidades siguientes:*

1. *Que la reforma sea solicitada por la mayoría de las Legislaturas de los Estados;*
2. *Que la reforma sea discutida y aprobada en ambas Cámaras conforme a lo establecido para la expedición de las leyes; y,*
3. *Que la reforma sea ratificada por el voto unánime del Senado de Plenipotenciarios, teniendo un voto cada Estado.*

También puede ser reformada por una Convención convocada al efecto por el Congreso, a solicitud de la totalidad de las Legislaturas de los Estados, y compuesta de igual número de Diputados por cada Estado”.

que ponen en duda la real vigencia de esa ley fundamental. A manera de ejemplo, veamos las más relevantes:

Entre 1886 y 1930 en Colombia se vivió bajo una situación de absoluta excepcionalidad constitucional, que se expresaba en la limitación de derechos y garantías individuales; por su parte, el Estado practicaba una militante confesionalidad católica conforme lo había dispuesto el art. 38 de ese texto.²³ Adicionalmente, en esos mismos años se vivió bajo una dictadura partidista que permitió que durante ese lapso gobernara monóticamente el conservatismo, dando lugar así a la época de la llamada hegemonía conservadora.

En segundo lugar, años más adelante, hacia mediados del siglo XX, nuestro régimen democrático, en un ambiente muy evidente de debilitamiento de sus incipientes estructuras, asistió a una quiebra muy profunda del sistema constitucional, que en la práctica se extendió por casi medio siglo, y que tuvo comienzo en noviembre 1949, cuando el gobierno del presidente Mariano Ospina Pérez clausuró el Congreso, momento a partir del cual, como dijo Alfredo Vásquez Carrizosa “*el país se precipita en el vórtice de la guerra civil*.”²⁴ Por otra parte, vino la dictadura civil impuesta por el presidente Laureano Gómez, bajo la cual, y a través del Acto Legislativo No 1 de 1952, se intentó instaurar un gobierno de carácter corporativo, a la manera de los autocráticos modelos establecidos por Francisco Franco en España y Antonio Oliveira Salazar en Portugal. El fracaso de esa iniciativa, así como la caída del poder de Laureano Gómez, condujeron a una salida que vino a resultar más protuberantemente lesiva del sistema democrático: el establecimiento, consensuado entre los dos partidos tradicionales, de una dictadura militar en cabeza del general Gustavo Rojas Pinilla, cuyo gobierno se extendió entre 1953 y 1957.²⁵

Por último, y en el marco de estas respuestas antidemocráticas a la aguda y persistente crisis institucional, es necesario hacer referencia a la puesta en marcha de la sui generis figura del Frente Nacional, un mecanismo también concertado por los dos grandes partidos y mediante el cual, ante el evidente agotamiento de la confrontación armada que habían mantenido por más de medio siglo y que los

23 “La Religión Católica Apostólica Romana, es la de la Nación: los poderes públicos la protegerán y harán que sea respetada, como esencial elemento del orden social. Se entiende que la Iglesia Católica no es ni será oficial, y conservará su independencia” (Art. 38, Constitución de 1886).

24 VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *El poder presidencial en Colombia*, 3ª Ed., Ediciones Sudamérica, Bogotá, 1986, p. 286

25 La dictadura de Rojas Pinilla, que se llevó a cabo entre 1953 y 1957, ha sido considerada por un significativo grupo de personas como una *dictablanda*, opinión que no hace sino favorecer esa percepción tan generosa que tenemos acerca de nuestra propia democracia, según la cual, Colombia, a diferencia de la mayoría de los países del continente, permaneció ajena a la plaga de las dictaduras militares.

había llevado a enfrentarse numerosas veces en el campo de batalla, procedieron al reparto entre liberales y conservadores del poder político. Para ello acordaron alternarse en el ejercicio de la Presidencia de la República, y tener una participación paritaria en la totalidad de cargos del Estado, tanto los de nombramiento, como los de elección popular.²⁶ Así cerraron la posibilidad a que otra fuerza diferente se pudiera constituir en alternativa de gobierno,²⁷ lo cual no les dejó más opción a estos movimientos que constituirse en grupos insurgente, tal como lo hicieron a lo largo de los años 60 las FARC, el ELN y el EPL.²⁸

Pero hay otros argumentos que también conspiran contra esa idea imaginaria de la plena vigencia de esa Constitución de 1886. El primero de ellos es el uso generalizado que de los mecanismos de estado de excepción constitucional se produjo entre 1948 y 1991, período durante el cual la República se mantuvo de forma casi interrumpida bajo régimen de anormalidad a través del llamado estado de sitio que consagraba el art. 121 de ese texto normativo. En este sentido, bien lo ha dicho García Villegas:

Colombia ha vivido buena parte de su historia bajo los rigores de la violencia. Este pasado sangriento ha incidido tanto en su estructura institucional como en su cultura jurídica. La prioridad del orden público en los asuntos de gobierno ha hecho sobrevalorar la participación de la fuerza pública en la dinámica institucional del Estado y ha desequilibrado el balance constitucional entre las ramas del poder público. Esta participación se ha consolidado a través de la utilización casi permanente de los estados de excepción desde 1949. Si se suman los periodos bajo los cuales el país ha permanecido en estado de excepción durante la segunda mitad del siglo XX, resultan 36 años, esto es, más de dos terceras partes del tiempo.²⁹

-
- 26 El sistema de paridad política fue establecido en el mal llamado plebiscito de 1957, pues en realidad era un referendo; mientras que la alternancia de los partidos en el poder fue incorporada mediante el Acto Legislativo No 1 de 1959. La intencionalidad de este acuerdo quedó bien expresada en el art. 4 del Plebiscito: “*Como el objeto de la presente reforma constitucional es el de que los dos partidos políticos el conservador y el liberal, colocados en un pie de igualdad, dentro de un amplio y permanente acuerdo, tengan conjuntamente la responsabilidad del Gobierno, y que éste se ejerza a nombre de los dos...*”. Pero estas fueron iniciativas que constituyeron un verdadero exabrupto que desnaturalizó cualquier idea de democracia, pues esta debe ser, por definición, pluralista, competitiva y alternativa. De paso, por esta vía se acabó con la posibilidad del ejercicio de la oposición política, con las funestas consecuencias que todavía ello sigue implicando para nuestra mediocre democracia.
- 27 Vale la pena recordar, por otro lado, que el Acto Legislativo No 6 de 1954, había dicho que: “*Queda prohibida la actividad política del comunismo internacional. La ley reglamentará la manera de hacer efectiva esta prohibición*”.
- 28 Sobre este momento singular de nuestra historia, Cf. VÁSQUEZ CARRIZOSA, Camilo. *El Frente Nacional su origen y desarrollo*, Carvajal, Bogotá, 1980, 436 p. y ARCHILA NEIRA, Mauricio. *El frente Nacional. Una historia de enemistad social*, en Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, No. 24, 1997. pp. 189-213.
- 29 GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. *Constitucionalismo perverso. Normalidad y anormalidad constitucional en Colombia: 1957-1997*, en *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (Eds.), Siglo del Hombre, Bogotá, 2001, p. 317.

Paradójicamente, y a pesar de la contundencia de estos datos que evidencian de forma fehaciente la fragilidad de nuestras instituciones, en Colombia el imaginario popular tradicionalmente ha asumido, además, que la nuestra es la democracia más sólida de América Latina. Y esta es una convicción que se funda no solo en la idea de que la Constitución de 1886, duró más de cien años, sino en el hecho de que en términos más o menos generales, la trayectoria del Estado en materia de elecciones y de libertades, es de las mejores de América Latina, pues la región estuvo plagada de regímenes dictatoriales, tanto militares como de partido a lo largo de siglo XX. Sin embargo, esa aparente estabilidad no es más que la simple muestra de un nominalismo constitucional que en el fondo oculta o enmascara otra realidad bien diferente y que ha sido muy acertadamente descrita por Valencia Villa cuando intenta dar respuesta a dos interrogantes que él formula: ¿Por qué Colombia es la más antigua y estable República constitucional en el universo autoritario o militarista de los regímenes políticos latinoamericanos? ¿Cuáles son las características reales y no formales del constitucionalismo colombiano? Y es el mismo autor el que responde:

Al plantear tales interrogantes, el sentimiento que abrumba al intelecto es la extrañeza que produce la abigarrada y contradictoria historia constitucional del país. De una parte, Colombia es el único Estado hispanoamericano controlado por los mismos partidos políticos desde 1849. En ninguna otra nación en la región ha habido tantas codificaciones y enmiendas, ni un discurso republicano tan proliferante. Más aún, a pesar de la ley de hierro del pretorianismo que ha hecho de América Latina la tierra del golpe de Estado permanente, Colombia ha tenido más funcionarios electos, gobiernos civiles y estabilidad institucional que cualquier otro país dentro del subcontinente.

De otra parte, y en contraste con los pocos y breves golpes de Estado (cinco cuartelazos o pronunciamientos entre 1830 y 1986, que abarcan seis años y medio en total), Colombia ha tenido once guerras civiles nacionales de 1811 a 1958, sin contar la interminable batalla constitucional... Y ha habido una elevada y crónica abstención electoral, largos periodos de legalidad marcial desde 1944 y un movimiento guerrillero fragmentado pero no derrotado que desafía el sistema político desde hace casi cuarenta años. Estos y otros peculiares fenómenos y procesos, requieren explicación en el contexto de régimen que aparece todavía como abierto y civil.³⁰

Estas realidades que el autor describe, no hacen más que poner en evidencia el escaso apego que históricamente hemos profesado los colombianos respecto de ese pacto social fundamental que se expresa en la Constitución y que se traduce en esa

30 VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Panamericana Editorial, Bogotá, 2010, pp. 29-30.

problemática de mucha mayor envergadura que hemos venido exponiendo: la inveterada incapacidad de nuestra sociedad para alcanzar, en materia de organización política y jurídica, un consenso medianamente estable y moderadamente duradero, a la manera que lo han logrado otras sociedades. En esta materia el ejemplo por excelencia siempre ha sido la Constitución de los EE.UU., que vigente desde 1787, sólo ha sido sometida a veintisiete enmiendas, diez de las cuales, las primeras, fueron llevadas a cabo en 1791 con el propósito de incorporar el catálogo de derechos fundamentales, que se había quedado por fuera del texto original.³¹

Un proceso de estabilidad similar, aunque con una trayectoria menor, es el experimentado por la sociedad española, la cual, después de salir de la larga dictadura franquista de casi cuarenta años y durante los cuales dicha sociedad estuvo al margen del sistema constitucional, adoptó la Constitución de 1978 e inició un proceso de organización como comunidad política que le ha posibilitado incorporarse con notable éxito a la Unión Europea a partir de 1986 y cuyo mayor indicador de estabilidad es que en los treinta y cinco años de vigencia el texto solo ha sufrido dos ligeras modificaciones (art. 13.2 en 1992 y art. 135 en 2011). Ni que decir de las constituciones italiana, y alemana de 1947 y 1949 respectivamente, y que fueron textos capaces de afrontar una realidad tan compleja como la reconstrucción de esos países después del colapso que supuso la II Guerra Mundial y cuyo éxito como normas rectoras queda evidenciado con la actual vigencia de sus textos y el elevado nivel de desarrollo económico, social y cultural alcanzado por esas sociedades, que son, por demás, motores del proceso de integración europeo.

Si tenemos en cuenta que a nuestra joven Constitución entre 1991 y 2014 ya le han sido incorporadas treinta y siete reformas,³² parece que todavía será necesario esperar para que algún día en Colombia el desenvolvimiento del proceso constitucional sea más sereno y menos agitado. Entretanto, ojalá con la Constitución actual no se haga realidad el pesimista pronóstico del expresidente Misael Pastrana Borrero, quien en 1993 frente a la recién expedida Constitución afirmó que: *“Me acompaña la creencia que al igual que las primeras constituciones de la nación esta va a ser de*

31 En aras a una mayor claridad, es necesario tener en cuenta que en los EE.UU. se habla es de enmiendas a la Constitución y no reformas. Y la diferencia tiene todo su sentido dado que esas diez primeras que se incorporaron no eran modificaciones al texto, sino adiciones, con lo cual, en estricto sentido, en sus más de doscientos veinte años de vigencia a ese texto constitucional solamente le han sido realizadas diecisiete reformas.

32 Treinta y seis de ellas han sido aprobadas por el Congreso de la República, y una por el pueblo que la aprobó en el referendo constitucional llevado a cabo en año 2003 y cuyo texto fue incorporado como Acto Legislativo N° 1 de 2004.

corta travesía, y que estamos al borde de retornar al síndrome de las reformas".³³ A la luz de lo que se acaba de decir en materia de reformas introducidas, pareciera que la segunda parte de esta sentencia ya se ha cumplido premonitoriamente.

4. LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Acertadamente se ha dicho que el plebiscito³⁴ mediante el cual se aprobó la instauración del llamado Frente Nacional en 1957, significó *arrojar la llave al mar*. Se quiere con ello significar la dificultad extrema que suponía cualquier intento de transformación de esa Constitución en los términos que lo establecía el art. 13 de ese acto jurídico y que disponía que: "*En adelante las reformas constitucionales sólo podrán hacerse por el Congreso, en la forma establecida por el art. 218 de la Constitución*". Esa disposición condujo, ni más ni menos, al fracaso de cuatro procesos de revisión de la Constitución que se intentaron entre 1977 y 1989. Tres veces por cuenta de un inoportuno activismo judicial, y otra por incapacidad del propio Congreso de la República para afrontar exitosamente el trámite necesario.

A tal punto estaba atascada la posibilidad de la Reforma a la Constitución de 1886, que como sostiene Armando Novoa "*El M-19, en el acuerdo político que adelantó con Virgilio Barco, contempló una reforma constitucional para desbloquear el sistema del Frente Nacional por la vía de un referendo*".³⁵ Infortunadamente, esa iniciativa se hundió porque los congresistas incorporaron a esa propuesta una consulta al pueblo para que éste se pronunciara sobre la posibilidad de prohibir la extradición de nacionales colombianos. Como consecuencia, el gobierno nacional dijo que prefería hundir el proyecto a que los narcotraficantes lograran por la vía de una reforma de esa naturaleza blindarse contra la posibilidad de la extradición. De esa forma, y con más pena que gloria, quedó sepultada la última propuesta para que el Congreso reformara la obsoleta Constitución de 1886. Jaime Castro, testigo de excepción de este proceso porque ejerció como Ministro del Interior en los años 80, recuerda así este período de nuestra historia:

33 PASTRANA BORRERO, Misael. Memorial de agravios a la Constituyente y a la Constitución, en Revista Javeriana No 598, Bogotá, Septiembre de 1993, p. 217.

34 De manera reiterada en la historia política colombiana al acto jurídico llevado a cabo en diciembre de 1957 se le ha denominado Plebiscito, cuando de lo que en realidad se trató fue de un referendo constitucional. El equívoco se generó desde el mismo acto de convocatoria, el Decreto Legislativo N° 0247 de octubre de 1957 que en su encabezado habló de un "... plebiscito para la reforma constitucional".

35 La afirmación de Novoa se encuentra en: ZULUAGA GIL, Ricardo. *De la expectativa al desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*, Pontificia Universidad Javeriana Cali, 2008, p. 45.

Había en las instancias políticas, y un poco en los sectores de opinión que manejaban esos temas, la idea de que el sistema se había bloqueado, porque hubo varios intentos de reforma que fracasaron por diferentes razones. Fracasó la pequeña constituyente del presidente López Michelsen porque la Corte Suprema de Justicia declaró inexecutable el Acto Legislativo 2 de 1977. Después, en la misma Corte Suprema se cayó el Acto Legislativo 1 de 1979, del gobierno Turbay Ayala. En el gobierno Betancur, yo como ministro, llevé al Congreso 2 proyectos de acto legislativo: uno, el de elección popular de alcaldes que terminó siendo aprobado, y otro, que con muchos ajustes, con muchos cambios, introducía una reforma política. El de alcaldes fue aprobado y es el No. 1 de 1986. El otro alcanzó a tener 6 debates, y se hundió, pues predominó la idea de que el partido liberal, que era mayoría en el Congreso, no podía aprobarle dos reformas a Betancur que era conservador: la elección popular de alcaldes a la cual se le concedía mucha importancia, y la reforma política, pues esta última debía quedar para Barco y la debía hacer el partido liberal. Por eso, entre aprobarla entonces y tramitarla a comienzos de la administración Barco, era deseable esperar para que fuera una reforma liberal. Pero en el discurso de posesión, Barco dijo que él no se le medía a una reforma constitucional, que había que gobernar con las normas existentes. Sin embargo, poco tiempo después, impulsó la convocatoria de un plebiscito, a partir del Acuerdo de la Casa de Nariño. Esa iniciativa también fracasó porque no tenía viabilidad jurídica y el Consejo de Estado la anuló. Luego hubo un proyecto de acto legislativo que recogía mucho de lo que había quedado del proyecto de Betancur, pero que se hundió por el famoso artículo del plebiscito sobre la extradición. Había entonces la idea de que el sistema estaba bloqueado, pues ya era una década larga de intentos, en la que sólo se había salvado la elección popular de alcaldes. Por eso, esos 10 ó 12 años a partir de 1977 vale la pena tenerlos en cuenta como contexto político institucional que derivó en esa sensación de bloqueo y de que el sistema no era capaz de reformarse. Luego, está el tema del genocidio de la Unión Patriótica y que es un momento culminante que arrancó con el asesinato de un senador del Meta en 1986. Era el primer elegido de la U.P. y es muy sintomático que fuera del Meta en donde ese partido había ganado las elecciones parlamentarias de 1986, y había elegido 17 parlamentarios, en unos casos con listas propias, y en otros haciendo alianzas con sectores progresistas del partido liberal. Además, a la U.P. le asesinaron dos aspirantes a la presidencia dentro de ese genocidio: Jaime Pardo y Bernardo Jaramillo.³⁶

La sumatoria de todas estas complejas circunstancias iban a ser el caldo de cultivo en el que germinó uno de los procesos de transformación política más significativos y novedosos que se haya dado en Colombia, en la medida que fue en ese contexto que se dieron las condiciones para que la sociedad civil entendiera, por primera vez en la historia nacional, que ella, que es la expresión del poder soberano, podía

36 Ibidem, p. 44.

ejercitar las funciones propias que le corresponden como constituyente primario, lo cual la facultaba para solicitar directamente la transformación del texto constitucional, como en efecto se logró, a través del *sui generis* proceso constituyente que se llevó a cabo entre 1990 y 1991, y que ha pasado a ser conocido en la historia como la Revolución Pacífica, en la medida que ese movimiento tuvo la pretensión de hacer partícipes de ese proceso a los más amplios sectores de la vida nacional, insurgentes incluidos. Se buscaba superar así la vieja costumbre de que en Colombia las constituciones han sido impuestas por el partido que triunfa en las urnas o en el campo de batalla.

Ahora bien, ese inédito nivel de consenso se explica bien cuando se tiene en cuenta que en un brevísimo espacio de tiempo fueron asesinados cuatro candidatos presidenciales y un procurador general de la Nación; un partido político de izquierda, la Unión Patriótica (U.P.), fue físicamente aniquilado; mientras que la corrupción campante y un narcoterrorismo desbordado amedrentaban al conjunto de la sociedad y amenazaba con doblegar la institucionalidad del Estado. Todo ello, en su conjunto, hacía pensar que Colombia no era un proyecto político y social viable. Sin embargo, después de más de una década de intentos de reforma constitucional fallidos y ante la imposibilidad de adelantar las transformaciones necesarias por la vía prevista en la Constitución, las fuerzas sociales coincidieron en 1990 en el movimiento popular llamado *Séptima Papeleta*, que fue un momento al cual se llegó gracias a iniciativas más o menos espontáneas que tuvieron origen en amplios sectores: la prensa, la academia, grupos políticos, y hasta el propio gobierno, tal como lo sostiene el mismo Jaime Castro:

La Séptima Papeleta la hacen los claustros universitarios como una idea que cae en terreno abonado. Los medios le dan un gran despliegue, pues en el buen sentido de la palabra, le hacen el juego a la iniciativa, promueven el tema, lo amplifican... Después, el Gobierno se sube al bus de la Séptima Papeleta, ve que los medios la han acogido, la han hecho suya y es cuando firma el famoso decreto pidiendo que se escrute y que se tenga en cuenta.³⁷

Finalmente, todo este ambiente propicio para la Convocatoria de la una Asamblea Constituyente se pudo desatar favorablemente gracias a que los tiempos del movimiento social que la exigía, conjugaron perfectamente con la dinámica electoral del país, puesto que en el mes de marzo de 1990 se iba a acudir a las urnas para elegir popularmente seis cargos: senadores, representantes a la cámara, diputados a las asambleas departamentales, concejales municipales, alcaldes municipales, y miembros de juntas administradoras locales. De tal suerte que en esa fecha, y

37 Ibidem, p. 54.

movidos por una gran operación mediática, de forma espontánea y hasta un poco ingenua, significativos grupos de ciudadanos depositaron una papeleta más, la séptima, en la que se pedían la convocatoria de una asamblea nacional constituyente.³⁸

Fue de esta manera como las elecciones del 11 de marzo de ese año se constituyeron en un hecho político de extraordinaria magnitud, gracias a los casi tres millones de votos que los ciudadanos emitieron ese día y cuyo número se conoce gracias a que si bien esa séptima papeleta no podía ser escrutada oficialmente, informalmente muchos miembros de las mesas de votación dejaron constancia en las actas del número de las que fueron depositadas en sus mesas. De esa forma ella vino a convertirse en un acontecimiento de una dimensión política sin precedentes en nuestra historia, y a constituirse en un hecho histórico que como dice Javier Sanín, “*trastocó el problema: lo que antes era puramente jurídico, se volvió plenamente político*”,³⁹ pues permitió trasladar el debate constituyente de las altas esferas de la judicatura y la política, al debate ciudadano. Por otra parte, la Séptima Papeleta también sirvió para que con fundamento en esa manifestación social, el gobierno nacional encontrara la fórmula que le permitió sustentar jurídicamente la convocatoria de la Asamblea Constituyente, lo cual se pudo hacer, paradójicamente, mediante un decreto de estado de sitio, que es uno de los mecanismos más antidemocráticos que prevé el sistema constitucional.

Los sufragios depositados el 11 de marzo fueron la coyuntura que le sirvió al presidente Virgilio Barco, para acudir a las facultades extraordinarias que le confería el art. 121 de la Constitución entonces vigente y expedir el Decreto Legislativo 927 de 1990, mediante el cual se convocaba formalmente al pueblo para que en venideras las elecciones presidenciales del 27 de mayo de ese año, expresamente manifestara su conformidad o no con la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente. Pero en esa ocasión estaba en la palestra la duda que se había suscitado en 1977 sobre la juridicidad de una convocatoria de esta naturaleza, ya que ese era un mecanismo que no se encontraba previsto como instrumento de reforma constitucional por el art. 218 de la Constitución. Así es, desde el Plebiscito de 1957 solo estaba permitida la reforma de la a través del Congreso de la República. La inquietud que se hacía especialmente apremiante porque por tratarse del ejercicio de una facultad legislativa extraordinaria por parte del presidente de la República, ese Decreto era un acto jurídico que estaba sujeto a control automático de constitucionalidad por la Corte Suprema de Justicia.

38 Sobre las incidencias de este proceso particular, Cf. TORRES FORERO, César Augusto. *De las aulas a las urnas, la Universidad del Rosario, la séptima papeleta y la Constituyente de 1991*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.

39 SANÍN, Javier. *El camino de la constituyente*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1991, p. 12.

Pero en esa oportunidad el alto tribunal comprendió que la realidad fáctica se imponía sobre la realidad normativa y entendió también que el pueblo es soberano y titular indeclinable de la capacidad para decidir y que por tanto no se le puede sujetar a perpetuidad a una normatividad obsoleta e incapaz de asegurar la pacífica y democrática convivencia de los ciudadanos. De esta forma, y contra todo pronóstico, la Corte Suprema corrigió su tradicional doctrina establecida mediante Sentencia de mayo 5 de 1978, y en la cual se indicaba que la reforma constitucional solo se podía adelantar por los mecanismos previstos en el art. 218 de la Constitución, es decir, a través del Congreso de la República en su condición de Constituyente derivado, para admitir que se acudiera al sistema de Asamblea Constituyente, aunque no fuese un mecanismo que estuviera formalmente previsto en el texto de la Constitución.

Avalada jurídicamente la posibilidad de la convocatoria, al pueblo se le consultó en las elecciones de mayo 27 de 1990 si estaba de acuerdo o no con la integración de una Asamblea Constituyente. Se trataba de una papeleta muy simple, donde únicamente se invitaba al ciudadano, de una forma muy escueta, para que dijera SÍ o NO a la conformación de este cuerpo colegiado, que además debía ser integrado de forma pluralista, democrática y participativa. Del total de los sufragantes, 5'236.836 dijeron SÍ (el 88.89%), mientras que solamente 230.080 dijeron NO (el 3.9%). Ahora bien, no sobra advertir que el total de votantes parece reducido, sobre todo si se tiene en cuenta que en ese momento el potencial electoral del país ascendía a casi quince millones de sufragantes, con lo cual el porcentaje de respaldo que tuvo la convocatoria sólo fue de un escaso 35%. Y este es un hecho que siembra algunas dudas sobre la legitimidad democrática de ese proceso, pues por desconocimiento, apatía, o rechazo tácito el 65% de los ciudadanos estuvo completamente al margen de esta iniciativa fundamental.

Decidida por el Pueblo la integración de la Asamblea, el Gobierno, previa consulta con los diversos partidos políticos, expidió un nuevo Decreto Legislativo, el 1926 de 1990. En esa disposición se fijaba el temario a discutir en el seno de la Asamblea, así como el número de integrantes y los requisitos para aspirar a integrar ese cuerpo. Dicho Decreto, por haber sido igualmente expedido en el marco de facultades extraordinarias de estado de sitio, estaba sujeto a control automático de constitucionalidad. Ahora bien, ese Decreto no fue bien recibido desde un comienzo por la doctrina, bajo el supuesto de que: “... *si la decisión primaria no precisó el temario de las reformas que autorizó, mal podía pensarse que el poder constituido limitara aquella expresión fijando unos temas, por cuanto tal hecho sería restrictivo de un mandato popular que se extendió sin limitación alguna*”.⁴⁰ Y la Corte

40 TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. Un país nacional ¿Será posible?, en Revista Diners 245, Bogotá, agosto de 1990, p. 52.

Suprema obró de conformidad con esta generalizada opinión y consideró que era legítimo el llamamiento a elecciones hecho por el gobierno, pero declaró contrarias a la Constitución las limitaciones impuestas en cuanto al temario a debatir y las condiciones de elegibilidad que tal norma pretendía imponer.

Las elecciones fueron fijadas para el 9 de diciembre de 1990 y con la finalidad de garantizar el éxito de las mismas, el gobierno tomó dos medidas básicas: en primer lugar, inició una amplia y costosa campaña publicitaria que con el lema *La Constituyente es el Camino* pretendía motivar a la ciudadanía para que participase de forma activa en este proceso; y en segundo término, se convocó ampliamente a los ciudadanos y a los actores sociales para que presentaran todas las propuestas e iniciativas de reforma constitucional que consideraran pertinentes. Por esta vía se recaudaron más de doscientos mil proposiciones individuales provenientes de los ciudadanos sobre aspectos concretos, a las que se sumaron las propuestas que presentaron las mesas de trabajo; todas las cuales tenían como finalidad ser debatidas en la Asamblea Nacional Constituyente. De manera simultánea, se inició una intensa campaña política de aspirantes a integrar este órgano. Dicha campaña, claro está, fue un reflejo fiel de nuestra fragmentada tradición política, inserta todavía en los modelos propios del siglo XIX, lo cual posibilitó la inscripción de un total de ciento dieciséis listas que aspiraban a los setenta escaños que se iban a asignar. Esta gran dispersión de actores y la escasez de tiempo para la realización de la campaña, impidieron que la ciudadanía tuviera acceso con claridad y certeza a los proyectos de reforma constitucional que se planteaban. Incluso, no resulta aventurado afirmar que mucha parte de la opinión pública no tenía una cabal comprensión del verdadero alcance del proyecto que entonces se adelantaba.

De esta forma, casi un año después, y tras superar diversas dificultades, finalmente se llegó a las elecciones del 9 de diciembre, en las cuales hubo una muy baja participación ciudadana, pues de los casi 15 millones de electores habilitados para sufragar, solo acudieron a las urnas 3.7 millones, es decir, un escaso 26%, lo que equivale a una cuarta parte de la ciudadanía. Y este es un resultado que indudablemente significa sembrar una grave duda de legitimidad sobre el proceso, porque demuestra claramente que el pueblo no conocía, no comprendía, o no deseaba la tan publicitada reforma de la Constitución. Claro está que revisando esos acontecimientos a la luz de la historia, es posible enunciar varias circunstancias que pueden explicar la producción de este resultado:

- Se trataba de la tercera ocasión en que ese año se convocaba a los ciudadanos a las urnas.
- No existía una propuesta clara del alcance de la reforma.
- Hubo una alta dispersión de actores políticos que confundió al electorado.

- La ciudadanía carecía de una percepción clara de la magnitud y consecuencias del proceso.

Este último es un hecho tan cierto, que quince años después es ratificado por los mismos exconstituyentes. Así, por ejemplo, Jaime Arias sostiene que:

Cuando hice la campaña la gente me decía: ¿y usted cuántos puestos nos garantiza? Y yo les decía que nosotros no íbamos allá a dar puestos. ¿Y que auxilio nos va a traer? Y respondía que nosotros no íbamos a dar auxilios, que íbamos era a decirles cual era el contrato que iba a regir a los colombianos frente al Estado. Fue un cuento muy difícil de vender porque era un electorado acostumbrado a la prebenda.⁴¹

Una opinión similar la expone el exconstituyente Esguerra Portocarrero:

Es verdad que el número de votantes que asistieron a las urnas para la elección de la asamblea nacional constituyente fue bastante exiguo. Pero no es menos cierto también que entre nosotros, la costumbre ha sido, y en cierta medida continúa siendo, la de que el elector aspire a una compensación, entre comillas concreta y a corto plazo, a cambio del voto que él emite.⁴²

Después de ese accidentado proceso y en medio de semejantes vicisitudes, fueron elegidos los setenta miembros de la Asamblea Constituyente. Entre ellos, novedosamente diecinueve correspondieron al movimiento subversivo M-19, que agrupaba a los miembros del conocido grupo insurgente que el 8 de marzo anterior había realizado la dejación de sus armas. Ellos se desmovilizaron para convertirse en grupo político que se conoció como Alianza Democrática M-19 y con la obtención de esa representación tan ampliamente mayoritaria, hicieron pensar a la opinión pública que se iban a convertir en una nueva opción partidista. Pero ese fue un espejismo que se iba a desvanecer muy pronto, con la dilapidación de todo ese importante caudal electoral por parte de esta novel fuerza política en las elecciones parlamentarias de 1994. Este hecho, sumado a la presencia de otras expresiones sociales hasta entonces invisibles en la arena política, iba a suponer la ruptura del histórico modelo bipartidista que imperaba en el país y que había sido tan acentuado por el Frente Nacional.

Tal vez la ausencia más notoria en el amplio espectro que representaba la Constituyente estuvo dada por la carencia de delegatarios de un grupo étnico tan importante demográficamente en el conjunto de la población colombiana, como lo

41 Citado en ZULUAGA GIL, *De la expectativa al desconcierto...* Óp. cit. p. 83.

42 *Ibidem*, p. 84.

son los afrodescendientes. Ese hecho, lógicamente, vino a reflejarse en la escasa relevancia que el texto de la Constitución le concedió a este conglomerado humano tan apreciable, al cual escasamente se le menciona en los artículos transitorios del texto; mientras que a los indígenas demográficamente menos significativos, pero que si contaban con varios representantes, les fueron dedicados varios importantes dispositivos constitucionales.⁴³

Vista desde una perspectiva regional, hay que decir que la Asamblea Constituyente fue fiel a la tradición política nacional. Así pues, Bogotá se alzó con catorce representantes y fue seguido por el Valle con diez y Antioquia con nueve. Atlántico tuvo seis, Caldas cinco y Risaralda y Bolívar tuvieron cuatro constituyentes; mientras que los departamentos de Santander, Boyacá y Cauca eligieron tres delegatarios cada uno. Con dos representantes estuvieron los departamentos de Sucre, Huila, Nariño, Tolima y Chocó. Finalmente con un delegatario llegaron los departamentos de Córdoba, Cundinamarca, Quindío y Caquetá. En este inventario resulta muy notoria la ausencia de la práctica totalidad de los departamentos que entonces conformaban los llamados territorios nacionales (Orinoquía y Amazonía); pero también llama la atención que castas políticas muy poderosas y tradicionales como las de los departamentos del Cesar y Magdalena no hayan tenido representación en la Asamblea, como tampoco la tuvieron departamentos como La Guajira y Norte de Santander. También hubo ausencia de representación de la comunidad raizal de San Andrés.

En cuanto al género, hay que decir que la representación femenina fue muy minoritaria, pues sólo alcanzó a ser un lánguido 5.7% del total de la Asamblea. Y este es un punto que lo ilustra bien la exconstituyente Helena Herrán, quien sostiene que: “*nos presentamos muchas mujeres de distintos sectores, infortunadamente no fuimos elegidas sino cuatro entre setenta, pero eso era acorde con la participación de la mujer en política hace quince años*”.⁴⁴ Sin embargo, con todo y ser tan pocas, fue la primera ocasión en que la mujer en Colombia pudo ser parte de un proceso constituyente de esta naturaleza.

5. VIGENCIA DE LA CONSTITUCIÓN DE 1991

Casi veinticinco años después de haber sido puesta en vigencia, el destino de la Constitución de 1991 todavía parece incierto. Si bien hay instituciones de indis-

43 Este particular es muy desarrollado por: CASTILLO, Luis Carlos. *Etnicidad y nación, el desafío de la diversidad en Colombia*, Universidad del Valle, Cali, 2007.

44 Citada en ZULUAGA GIL, *De la expectativa al desconcierto...* Óp. cit. p. 93.

cutible significación social como la acción de tutela. También es muy resaltable el catálogo de derechos, que salió ampliamente remozado, de entre de los cuales sobresalen la dignidad de la persona humana, el libre desarrollo de la personalidad, el concepto de igualdad material, y el derecho a la personalidad jurídica, solo por mencionar los más novedosos. Sin embargo, y en honor a la verdad hay que decir que muchas de las principales promesas de valor del proceso llevado a cabo entre 1990 y 1991 aún parecen estar por cumplirse. En este sentido, los elevados niveles de corrupción política que todavía aquejan a Colombia no hacen a la situación muy distinta de la que se vivía en 1990 y en este mismo orden de ideas, la persistente crisis de la administración justicia, cada día más colapsada e incapacitada para atender las demandas que le impone la sociedad, suscita serios cuestionamientos en relación con el alcance de lo acordado en 1991. Por otro lado, la autonomía regional es otra de las grandes frustraciones del proyecto diseñado en 1991, pues el Estado y la sociedad están hoy tan o más centralizados que en ese año. Finalmente, una endiablada estructura institucional, en exceso costosa y generadora de un permanente clima de tensión institucional, es otro aspecto altamente cuestionable del proyecto de 1991.

Por último, el síndrome de la reforma, que pone en evidencia la mayor falla del constituyente de 1991 en razón de la debilidad de los mecanismos de reforma previstos en el título XIII que no sólo han posibilitado la incorporación de las reformas ya citadas, sino que se ha expresado en muchas tentativas de reforma presentadas y fallidas.⁴⁵ Tal vez el caso más sugestivo esté relacionado con la reforma a la justicia en el año 2012, un acto legislativo absolutamente inoportuno, pero debidamente aprobado por el Congreso de la República, que sin embargo fue objetado por el Presidente de la República en acto que constituyó una clara violación de la Constitución porque este funcionario carece de competencias para este tipo de observaciones.

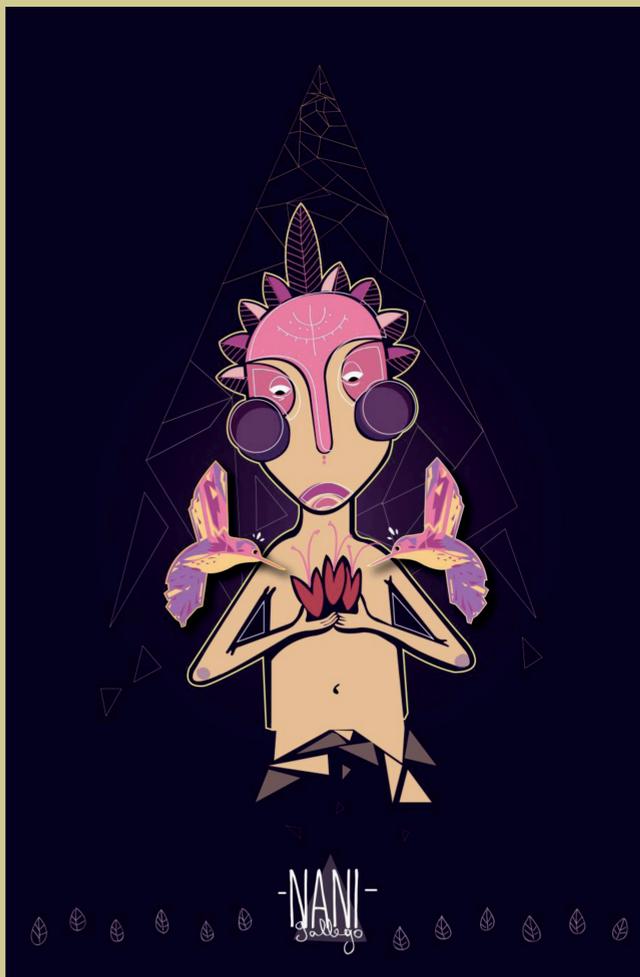
Otro elemento más de la escasa comprensión de la ingeniería constitucional está referido a la reelección presidencial inmediata, una verdadera contrarreforma de la voluntad del constituyente de 1991, que expresamente la había prohibido. Dicha reforma, introducida mediante el Acto Legislativo N° 2 de 2004, fue llevada a cabo con evidente quebrantamiento del ordenamiento jurídico en lo que tiene que ver con los bienes penalmente tutelados, pero sobre todo, se trata de una modificación que dislocó gravemente el diseño institucional implementado en 1991.

45 Este tema lo desarrollé ampliamente. Al efecto, Cf. ZULUAGA GIL, Ricardo. “¿Supremacía o reforma? Una aproximación a la constitución con especial referencia a Colombia”, en *Universitas* N° 116, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008, pp. 31-52.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCHILA NEIRA, Mauricio. El frente Nacional. Una historia de enemistad social, en Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura, No. 24, 1997. pp. 189-213.
- CARO, Miguel Antonio. *Estudios Constitucionales y Jurídicos*, Instituto Caro y Cuervo, Bogotá, 1986.
- CASTILLO, Luis Carlos. *Etnicidad y nación, el desafío de la diversidad en Colombia*, Universidad del Valle, Cali, 2007.
- GARCÍA VILLEGAS, Mauricio. Constitucionalismo perverso. Normalidad y anomalía constitucional en Colombia: 1957-1997, en *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*, Boaventura de Sousa Santos y Mauricio García Villegas (Eds.), Siglo del Hombre, Bogotá, 2001.
- JARAMILLO URIBE, Jaime. *El pensamiento colombiano en el siglo XIX*, Uniandes, Bogotá, 2001 y
- MARQUARDT, Bernd (Ed.). *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia*, Universidad Nacional – Ibáñez, Bogotá, 2011.
- MOLINA, Gerardo. *La formación del Estado en Colombia y otros textos políticos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.
- PASTRANA BORRERO, Misael. Memorial de agravios a la Constituyente y a la Constitución, en Revista Javeriana No 598, Bogotá, Septiembre de 1993, p. 217.
- POSADA CARBÓ, Eduardo. Elecciones y guerras civiles en la Colombia del siglo XIX: la campaña presidencial de 1975, en Historia y Sociedad N° 4, pp. 87 a 121.
- QUINTERO MONTIEL, Inés y Armando Martínez Garnica (Eds.). *Actas de formación de juntas y declaraciones de independencia (1809-1822). Reales Audiencias de Quito, Caracas y Santa Fe*, T. II, UIS, Bucaramanga, 2008.
- RESTREPO, José Manuel. *Historia de la Revolución de la República de Colombia en la América Meridional*, Biblioteca Popular de Cultura Colombiana, Bogotá, 1942
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Primeras constituciones de Colombia y Venezuela 1811-1830*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *Constituyentes y constitucionalistas del siglo XIX*, Banco Popular, Bogotá, 1986.
- RESTREPO PIEDRAHITA, Carlos. *El Congreso Constituyente de la Villa del Rosario de Cúcuta*, Universidad Externado, Bogotá, 1990.
- REYES CÁRDENAS, Ana Catalina. El derrumbe de la primera república en la Nueva Granada entre 1810 y 1816, en Historia Crítica No. 41, Universidad de los Andes, Bogotá, mayo-agosto 2010, pp. 38-61.
- SANÍN, Javier. *El camino de la constituyente*. Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1991, p. 12.

- TORRES FORERO, César Augusto. *De las aulas a las urnas, la Universidad del Rosario, la séptima papeleta y la Constituyente de 1991*. Centro Editorial Universidad del Rosario, Bogotá, 2007.
- TRUJILLO MUÑOZ, Augusto. Un país nacional ¿Será posible?, en Revista *Diners* 245, Bogotá agosto de 1990.
- UPRIMNY, Leopoldo. *El pensamiento filosófico y político en el Congreso de Cúcuta*, Academia Colombiana de Jurisprudencia, Bogotá, 2010.
- VALENCIA VILLA, Hernando. *Cartas de batalla. Una crítica del constitucionalismo colombiano*, Panamericana Editorial, Bogotá, 2010.
- VÁSQUEZ CARRIZOSA, Alfredo. *El poder presidencial en Colombia*, 3ª Ed., Ediciones Sudamérica, Bogotá, 1986.
- VÁSQUEZ CARRIZOSA, Camilo. *El Frente Nacional su origen y desarrollo*, Carvajal, Bogotá, 1980, 436 p.
- ZULUAGA GIL, Ricardo. Las vicisitudes de la Primera República en Colombia (1810-1816). La interpretación centralista de nuestro proceso de Independencia, en Revista de Derecho N° 38, Universidad del Norte, Barranquilla, 2012, pp. 225 a 239.
- ZULUAGA GIL, Ricardo. *De la expectativa al desconcierto. El proceso constituyente de 1991 visto por sus protagonistas*, Pontificia Universidad Javeriana Cali, 2008.
- ZULUAGA GIL, Ricardo. ¿Supremacía o reforma? Una aproximación a la constitución con especial referencia a Colombia, en *Universitas* N° 116, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2008, pp. 31-52.



Título: Abuelo Colibrí
Técnica: Ilustración digital
Año: 2013

DERECHO A LA SALUD Y MERCADO. CASOS COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA*

* El artículo es un escrito que se articula con la investigación que actualmente se está realizando sobre el “Concepto de la Seguridad Social: Reconstruyendo Conceptos”. Investigación que se encuentra registrada en el CODI y que está en su fase de desarrollo

Pertenece al proyecto de investigación_ Derecho a la seguridad social. Reconstruyendo conceptos.

Investigador principal: Jaime León Gañan Echavarría Acta CODI: 643 del 30/10/2012 - Convocatoria Programática de Ciencias Sociales Humanidades y Artes -2012-

Fecha de inicio: 05/02/2013.

Fecha de recepción: febrero 5 de 2014

Fecha de aprobación: mayo 16 de 2014

DERECHO A LA SALUD Y MERCADO. CASOS COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA

*Jaime Gañán**

RESUMEN.

La tensión entre Sistemas Únicos de Salud y Sistemas de aseguramiento es una realidad en casi toda Latinoamérica, con prevalencia en países como Colombia. Una tensión casi permanente entre el Derecho Fundamental a la Salud y el aseguramiento privado. El primero basado en el enfoque de derechos, irrenunciables, inalienables, universales e inherentes a la persona humana, con gran preponderancia de la salud colectiva y pública; y los otros basados en premisas de mercado, de costo-beneficio, de coberturas “universales”, de planes limitados de servicios, de exclusiones, de copagos, cuotas moderadoras y cuotas de recuperación, de lógicas afincadas en el aseguramiento de tipo privado y en la capacidad de pago de las personas y lógicamente de barreras de acceso de todo tipo en aras de maximizar las ganancias y de hacer más rentable el negocio de la salud.

Palabras clave: Salud, derecho fundamental, libertad económica.

FUNDAMENTAL RIGHT TO HEALTH AND BUSINESS. COLOMBIAN AND LATINOAMÉRICA CASES.

ABSTRACT

Tension between Unique Health System and Assurance System is a reality in almost all Latin America, with prevalence in countries like Colombia. A tension almost permanent between the Fundamental Right to Health and The Private Insurance. First one based on focus of inalienable, universals and inherent rights to the human person, preponderating mostly in collective and public health; and the other ones based on market premises cost-benefit, “universal” coverage, Limited service plans, exclusions, copayments, prorated and recovery fees, logics settled down in the private insurance and the person’s affordability, and logically all kinds of access barriers in order to maximize incomes and make profitable health business.

* Abogado y docente investigador de la Universidad de Antioquia, Doctor en Derecho de la Universidad Externado de Colombia y Especialista de la Universidad Pontificia Bolivariana.

DERECHO A LA SALUD Y MERCADO. CASOS COLOMBIA Y LATINOAMÉRICA

INTRODUCCIÓN

El derecho a la salud es un verdadero derecho. No es caridad, ni es beneficencia. No es una mera expectativa o promesa vacía. Tampoco es igual a un Sistema, ni tampoco es solo un servicio. La salud es un derecho fundamental garantizado por los estados, que además de sus características como un verdadero derecho, también presenta una dimensión prestacional en su carácter de servicio público esencial.

Como derecho, normalmente se encuentra consagrado en las diferentes constituciones de los países latinoamericanos. En Colombia en la Constitución de 1991. En Brasil en la Constitución de 1988 y en Chile en la de 2005. No obstante ello, también se encuentra determinado en múltiples instrumentos jurídicos internacionales, que hoy hacen parte, en la mayoría de los países, de su normativa interna por vía del llamado bloque de constitucionalidad.

Tanto como derecho que como Sistema la salud se encuentra desarrollada en innumerables disposiciones de origen legal y reglamentario en la mayoría de los países de Latinoamérica. En el caso de Colombia es prolijo su desarrollo legal y reglamentario, en especial por medio de las leyes 100 de 1993, 1122 de 2007 y 1438 de 2011 que crearon y reformaron el Sistema General de Seguridad Social en Salud; y en múltiples decretos reglamentarios. En Brasil en leyes como la Ley Orgánica de la Salud y la Ley que define la participación social en el SUS En Chile en leyes como la que regula el Ejercicio del Derecho Constitucional a la Protección de la Salud y crea un Régimen de Prestaciones de Salud.

En el caso de Colombia y debido a la ubicación inicial del derecho a la salud en nuestra Constitución de 1991 mucho se ha dicho sobre su naturaleza jurídica. Quizá ha sido la Corte Constitucional de Colombia quien ha ido estabilizando vía jurisprudencial la iusfundamentalidad del derecho en cuestión. Decurso que ha sido controversial, no lineal, no pacífico y en veces ha sufrido serios retrocesos. No obstante, hoy parece haberse consolidado la fundamentalidad del derecho a la salud como un verdadero derecho fundamental autónomo, *per se* y directo.

No obstante la hoy pacífica concepción del Derecho a la Salud como un Derecho Fundamental directo, autónomo y *per se*, la tendencia en casi toda Latinoamérica parece ser la del aseguramiento de la salud y los servicios de salud en el marco de la creación de sistemas de aseguramiento en los cuales el sector privado es un actor intermediario y de gran poder decisivo en las políticas y desarrollos legislativos y reglamentarios de dichos países. Por ello, la dicotomía lo es entre los sistemas únicos de salud basados en el derecho y los sistemas de cobertura basados en el aseguramiento.

En ese marco de ideas, el negocio y el mercado de la salud han ido adquiriendo fuerza como actores importantes en los sistemas de salud actuales, en los cuales los agentes privados, como en el caso de Colombia, parecen haber cooptado el poder de gobernanza, y aun de control del Estado en bien de sus propios intereses y no del beneficio general de las personas, de su dignidad y de la aplicación del Principio Pro Homine. Por ello, la crisis actual de la salud en Colombia tiene sus raíces en la prevalencia del ánimo de lucro sobre el derecho fundamental a la salud.

Finalmente y en ese mismo contexto, la innovación e investigación parecen apuntar en los temas de salud, en especial en casos como el de los medicamentos y las tecnologías especializadas, hacia la misma tendencia, esto es hacia una investigación e innovación más de tipo comercial y de mercado que social y de desarrollo general de las comunidades.

La presentación seguirá, entonces, un temario dedicado a la argumentación de que la salud en un derecho humano fundamental autónomo, directo y *per se* diferente a la concepción de “Sistema” en el sentido estricto de la mayoría de las nuevas legislaciones latinoamericanas al respecto. Luego abordará, como tema principal de la conferencia, el referido a Colombia en su condición de caso paradigmático en Latinoamérica en cuanto la dicotomía Derecho vs Mercantilización. Luego se abordarán algunas breves consideraciones sobre el tema en países como Brasil y Chile y finalmente se harán unas breves reflexiones.

1. DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO SERIAMENTE FUNDAMENTAL AUTÓNOMO, DIRECTO *PER SE*.

Precisamente por su relación directa con la dignidad, por ser universal, inherente a la persona humana, indisponible, irrenunciable, por entrañar libertades y derechos, por su esencialidad en la materialización de una vida digna y con calidad, por ser un derecho integral e integrador de otros derechos y condiciones vitales, por tener una dimensión individual, pero también una dimensión colectiva es que el derecho a

la salud, sin lugar a dudas, es un derecho fundamental; y como derecho seriamente fundamental debe ser objeto de todas y cada una de las garantías constitucionales y legales previstas para tal tipo de derechos en las normas internacionales y en aquellas de cada Estado, y no solo para efectos de su justiciabilidad vía acción de tutela o de otro tipo de protección especial.

En tal sentido, el concepto de salud emerge como un concepto integral e integrador. Integral porque cobija al ser humano en todas sus dimensiones, no solo física sino también mental, emocional, espiritual, psicológica, y porque además lo abarca desde su individualidad, pero también lo hace desde su connotación colectiva, comunitaria y social. Integrador porque se encuentra relacionado en forma inescindible con otros factores determinantes para su materialización, tales como factores sociales, ambientales, servicios de salud y por supuesto los biológicos, al igual que con los determinantes estructurales de un Estado, esto es con sus políticas públicas de empleo formalizado, digno y decente, vivienda digna, educación integral, seguridad alimentaria, entre otros. Del mismo modo, el concepto de salud muta, por lo menos en teoría, desde la enfermedad como centro de su concepción al concepto de salud como la posibilidad de un pleno y armónico desarrollo de la persona y de la sociedad. Desde una concepción morbi-céntrica a una concepción cuyo eje sea el bienestar y la calidad de vida de las personas y de las comunidades. Desde la curación a los procesos de promoción de la salud y de prevención de la enfermedad. También cambia, desde sus orígenes mágico-religiosos a concepciones holísticas.

En consecuencia, el Derecho Fundamental a la Salud igualmente emerge como un derecho integral e integrador. Integral por el objeto que garantiza: la salud, e integrador por su relación sistémica e íntima con la mayoría de los derechos constitucionales, en especial con el derecho a la dignidad humana, al igual que con deberes y libertades. Derecho que debe ser garantizado por el Estado en su universalización: cobertura y acceso real y efectivo para todas las personas.

A través de los instrumentos jurídicos internacionales y de los convenios internacionales en seguridad social se expande el concepto de derecho a la salud desde su concepción individual a una de tipo colectivo. En el entendido que la salud es una cuestión de comunidad, la salud pública o colectiva trasciende las fronteras de la persona humana y se aloja en el concepto de comunidad y de sociedad nacional; pero trasciende las fronteras nacionales para convertirse en un derecho de magnitud y vinculación internacional¹.

1 A través de múltiples instrumentos internacionales de tipo general, como la propia Declaración Universal de Derechos Humanos o el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o los instrumentos específicos referidos a la salud de una población en especial, como: Declaración de las Naciones Unidas

Por lo menos en teoría, el derecho a la salud ha devenido en un tema de agenda global como un imperativo ético mundial, no solo como derecho internacional sino como responsabilidad social de todos los pueblos en búsqueda de un mayor y mejor bienestar y calidad de vida para los ciudadanos del mundo². La solidaridad aquí vuelve a sus orígenes. A una solidaridad ética y moral, esta vez globalizada respecto de la salud.

El Derecho a la salud como derecho fundamental directo, autónomo y *per se*, lógicamente no es ilimitado, pero sí debe responder a claros criterios de concertación de políticas públicas, de normativas, de evidencias que permitan una estructuración a largo plazo de su contenido esencial como asunto de Estado y no solo como un asunto de gobiernos, estructural y no solo de reformas coyunturales. Debe responder a la teoría de que los derechos fundamentales son principios o mandatos de optimización³, y en ese sentido deben responder, también, a efectivizar principios tan importantes como los de progresividad y prohibición de reversibilidad⁴. Principios que bien son en principio referidos a los derechos sociales, en la actualidad deben ser leídos con relación a todos los derechos en función del mejoramiento continuo de la calidad de vida de todas las personas y comunidades, y por supuesto de la búsqueda continua de la calidad de la dimensión prestacional de los derechos fundamentales en torno de la concepción de servicios públicos esenciales.

Precisamente, en cuanto la dimensión prestacional de los derechos fundamentales, y especialmente en lo relacionado con el Derecho a la Salud, es importante resaltar los elementos esenciales que a la luz del Bloque de Constitucionalidad deben tener los servicios esenciales para que se materialice en forma real el supuesto que subyace de vida digna en cada uno de tales derechos.

En tal contexto, los elementos esenciales del derecho a la salud se encuentran, según la Observación General 14, dentro del contenido normativo del artículo 12

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación racial, Declaración sobre la eliminación de la discriminación contra la mujer, Declaración de los Derechos del Niño, Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos. Pero también a través de tratados y convenios entre países.

- 2 No en vano se han impulsado acuerdos como el Protocolo de Kioto en 1997, o los congresos que bajo la denominación de “*Equidad, ética y derecho a la salud: desafíos a la salud colectiva en la globalización*” se realizaron en Brasil en 2007. Ver, por ejemplo, la Carta de Ottawa para la Promoción de la Salud, 1986. El Organismo Andino de Salud perteneciente al Sistema Andino de Integración, constituido en 1971 y del cual hace parte Colombia. La misma OMS.
- 3 Véase Robert Alexy. Teoría de los derechos fundamentales. Pág. 67.
- 4 Confróntese con la Observaciones 3 y 14 de Comité del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

del PIDESC⁵ y constituyen el marco de condiciones fácticas que propenden por la eficacia real del derecho a la salud⁶. En tal sentido la Observación General 14 determina como elementos esenciales la disponibilidad, la accesibilidad, la aceptabilidad y la calidad.

En cuanto a la disponibilidad, se refiere a que las instalaciones sean suficientes y adecuadas, tanto para la atención y servicios de salud como para su promoción y la prevención de la enfermedad.

La disponibilidad, obviamente implica la existencia de dotación necesaria, de acuerdo con el nivel de atención y de complejidad, además de insumos básicos para la prestación de los servicios administrativos y de atención en salud.

De su parte, el elemento de accesibilidad abarca la existencia efectiva de medios de acceso a los establecimientos, bienes y servicios de salud, y no solo su existencia⁷.

La aceptabilidad es el respeto por el pluralismo, por la multiculturalidad y la diferencia, por el libre desarrollo de la personalidad en los términos del respecto por el otro y por el interés general, las garantías de las comunidades y sus libertades.

Finalmente, el elemento esencial de la calidad se refiere a la oportunidad, eficiencia, eficacia, continuidad del servicio público de salud en establecimientos bien dotados⁸ y con un excelente mantenimiento, protocolos y guías estructuradas por equipos interdisciplinarios.

La existencia real de las condiciones de los elementos esenciales referidos debe invitar, en palabras de la OMS y de la propia Observación 14, al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente a cada individuo.

De los elementos anteriores se pueden destacar los siguientes, que a su vez coinciden con las características básicas de un servicio público⁹: la continuidad, en cuanto la

5 Véanse también las medidas, que según el artículo 10 del Protocolo de San Salvador, los Estados deben adoptar para garantizar el derecho a la salud en él contemplado y reconocido como un bien público en tal instrumento.

6 Se interrelacionan en procura de hacer efectivo tal derecho, de acuerdo con las condiciones prevalcientes de cada país, sin que ello implique que estas, en un momento determinado, busquen la inactividad total o permanente de dicho Estado.

7 “Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte.” De acuerdo con la Observación 14, la accesibilidad contempla cuatro dimensiones que se superponen: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y acceso a la información.

8 “Ello requiere, entre otras cosas, personal médico capacitado, medicamentos y equipo hospitalario científicamente aprobados y en buen estado, agua limpia potable y condiciones sanitarias adecuadas.” Observación 14.

9 Véase Dromi. Derecho Administrativo. 10ª edición.

no interrupción injustificada de los servicios médicos o del tratamiento en proceso. Igual contempla el cubrimiento de todas las fases de la salud integral¹⁰ y se asimila a los principios legales de integralidad y eficiencia, y a las características legales de protección integral y calidad.

Complementario a los elementos esenciales definidos por la Observación 14 están los definidos por la Observación General 3¹¹, de los cuales se resaltan para este análisis la no discriminación, la equidad, la progresividad, la irreversibilidad, la gratuidad y la participación.

En resumen, los Estados partes tienen con base en lo consagrado en la Observación General 14 unas determinadas obligaciones con respecto al derecho fundamental a la salud, a saber: las de respetar, proteger y cumplir¹².

Con relación a la obligación de respeto se puede afirmar que corresponde a la materialización, principalmente, de los elementos esenciales de disponibilidad y adaptabilidad del derecho a la salud.

La obligación de proteger está ligada a la materialización, principalmente, de los elementos esenciales de accesibilidad y disponibilidad y se relaciona directamente con la progresividad y la prohibición, en principio, de la irreversibilidad.

Finalmente, la obligación de cumplir tendrá como fin la materialización de los elementos esenciales y de los principios y características relacionadas con el derecho a la salud y con las prestaciones y servicios.

Teniendo en cuenta todo lo arriba expresado, es determinante que siendo el derecho a la salud un derecho fundamental autónomo, debe compartir con los demás derechos fundamentales la esfera de garantía y de protección que ella les otorga a nivel internacional y local. En el caso de Colombia, los otorgados por la Constitución de 1991. Esto es: vincula a todos los poderes públicos¹³, debe ser un derecho de aplicación directa por los jueces y órganos administrativos¹⁴, debe estar dotado

10 En la Sentencia T-185 de 2006 la Corte señaló que “el principio de continuidad en los servicios de salud comprende el derecho de los ciudadanos a no ser víctimas de interrupciones abruptas y sin justificaciones válidas de los tratamientos, procedimientos médicos, suministro de medicamentos y aparatos ortopédicos que requiera según las prescripciones médicas y las condiciones físicas o psíquicas del usuario”. M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, p. 10.

11 Referida a la índole de las obligaciones de los Estados Partes (párrafo 1° del artículo 2° del Pacto), 1990. Aplicable a todos los compromisos y derechos estipulados en el Pacto.

12 II. *Obligaciones de los estados partes*. Observación General 14.

13 Artículo 4° de la Constitución de 1991.

14 Artículo 85 de la Constitución de 1991.

de la garantía de la reserva de ley¹⁵ y ser un derecho protegido aun frente al poder constituyente secundario, en Colombia¹⁶, debe gozar de la garantía del contenido esencial frente al poder legislativo y estar garantizado mediante acciones de amparo constitucional¹⁷ y no podrá ser suspendido durante los estados de excepción¹⁸.

2. DERECHO VS ASEGURAMIENTO (SISTEMAS ÚNICOS DE SALUD VS. SISTEMAS DE ASEGURAMIENTO UNIVERSAL EN SALUD)

Históricamente los países han optado por dos tipos de modelos para organizar la salud de sus países. De una parte, por los Sistemas Nacionales de Salud o Sistemas Únicos de Salud (SUS), basados en la universalidad del tal derecho, en el cual la financiación de los servicios de salud es totalmente a cargo del Estado. Este modelo ha sido liderado por países como Inglaterra. De otra parte, por los sistemas basados en la tradicional lógica del seguro social obligatorio o de Seguridad Social o de Aseguramiento Universal de la Salud (AUS), precisamente bajo el esquema del aseguramiento universal, en el cual la financiación, o bien es tripartita, Estado, empleador, trabajador, actualmente por los asegurados, o bien, es por aportes privados. No obstante, podríamos afirmar que en la actualidad los países no presentan modelos puros sino que se encuentran enmarcados en sistemas mixtos con prevalencia de lo público o por el contrario de lo privado.

Las tendencias generales en Latinoamérica desde 1986 con el Consenso de Washington, y a veces, bajo la presión directa o indirecta de organismos e instituciones internacionales o multilaterales, ha sido en el sentido de la creación de sistemas de salud bajo el esquema del aseguramiento universal con una alta participación de agentes privados, ya sea en la prestación de los servicios de salud y/o en la administración de algunos esquemas o regímenes de salud creados en tal contexto. También parece ser una tendencia, la estructuración de Planes o Beneficios de salud de tipo cerrado, taxativos o de listado. Ejemplo el Plan Obligatorio de Salud

15 Por lo cual requeriría que su regulación legislativa sea por medio de ley estatutaria –artículo 152 de la Constitución de 1991–

16 Debe someterse a referendo las reformas constitucionales aprobadas por el Congreso, cuando se refieran a tal derecho y a sus garantías, a los procedimientos de participación popular, o al Congreso, si así lo solicita, dentro de los seis meses siguientes a la promulgación del Acto Legislativo, un cinco por ciento de los ciudadanos que integren el censo electoral. Artículo 377 de la Constitución de 1991.

17 Por ejemplo por medio de la acción de tutela. Artículo 86 de la Constitución de 1991.

18 Artículo 214, numeral 2º de la Constitución de 1991.

colombiano, conocido más comúnmente como POS. El mismo que ha sido muy regulado y en forma frecuente actualizado o reformado.

En muchos casos, en especial en el de Colombia, el Sistema ha operado bajo el control casi total del aseguramiento privado y bajo la lógica del mercado, esto es bajo las concepciones doctrinales del Pluralismo Estructurado y el de la Competencia Regulada¹⁹. Este esquema ha determinado que en no múltiples ocasiones el Sistema niegue el derecho en aras de comunes barreras de acceso de todo tipo: económicas, administrativas y legales. Barreras que han implicado fenómenos adversos a la población conocidos como los “paseos de la muerte” o “Los muertos de Ley 100”²⁰.

En ese orden de ideas, no solo por la estructuración de los Sistemas con estructuras claramente de corte comercial y basadas en la libertad económica, más que en el derecho fundamental a la salud, sino por los reiterados comportamientos de los agentes privados de aseguramiento en la negación de servicios, medicamentos y otros, es que en países como Colombia, los jueces, en especial la Corte Constitucional, hayan tenido que tutelar en forma especial el derecho a la salud sobre el propio Sistema General de Seguridad Social en Salud. Según el último informe de la Defensoría del Pueblo en Colombia cada 5 minutos se interpone una acción de tutela en el tema de salud y según tal Organismo la mayoría lo son por servicios o medicamentos que se encuentran efectivamente detallados en la lista del POS.

En efecto, el último informe de la Defensoría del Pueblo de Colombia²¹ detalla que del total de 424.400 acciones de tutela interpuestas en el año 2012 el 26.94% fueron acciones en las que se invocó el derecho a la salud (114.313). Según tal estudio, el 72.5% de dichas tutelas se instauró contra las entidades de aseguramiento del SGSSS que administran el régimen contributivo y subsidiado, y de tal porcentaje el 70.93% corresponde a negativas de los contenidos del POS. En lo referente a temas específicos de solicitud, señala el estudio que el 85.30% de los tratamientos, el 35.41% de los medicamentos, el 80.33% de cirugías, el 97.1% de las citas médicas, el 87.82% de las imágenes diagnósticas, el 21.67% de las prótesis, ortesis e insumos médicos,

19 Véase Pluralismo estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Londoño de la Cuesta, Juan Luis y Julio Frenk Mora. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353.

20 Véase Los Muertos de Ley 100. Prevalencia de la Libertad Económica sobre el Derecho Fundamental a la Salud. Caso del POSC. Una razón de su ineficacia. Caso del POSC. 2013. Editorial Universidad de Antioquia.

21 Confróntese el Informe La Tutela y el Derecho a la Salud. 2012. Defensoría del Pueblo. Páginas 237 y siguientes correspondientes al acápite de Conclusiones de tal informe. Véanse también los informes de la Defensoría del Pueblo relacionados con la acción de Tutela y el Derecho a la Salud de los años 2003-2005, 2006-2008, 2009, 2010 y 2011, respectivamente.

el 92.07 de los exámenes paraclínicos, el 72.66% de las solicitudes por procedimientos, y el 94.97% de citas médicas con especialista se encuentran en el POS.

Tal como se refiere, un alto número de acciones de tutela fueron interpuestas, entre otras razones, por los aplazamientos y dilaciones que las EPS e IPS han puesto al acceso efectivo de los servicios esenciales de salud y que se han constituido en barreras administrativas, económicas y materiales para la garantía del derecho fundamental a la salud, en especial para las poblaciones especialmente vulnerables y vulneradas.

Tal ejemplo, evidencia las profundas diferencias de tipo conceptual y estructural entre los dos modelos citados. En voz de la Dra. Asa Cristina Laurel²², y a manera de resumen, podemos citar que mientras en el SUS la responsabilidad social deriva de la garantía constitucional de los Estados con relación al Derecho fundamental a la Salud, en el modelo de aseguramiento su base conceptual deriva de los Consensos de Washington que basan su concepción en la lógica del aseguramiento privado y en las teorías de la economía neoclásica. Así mismo, basados en la competencia entre actores y en la teoría de que el Estado solo será un regulador.

3. INNOVACIÓN, NEGOCIOS, LIBERTAD ECONÓMICA.

Quizás a nivel general en el tema de la salud, la innovación tiene un especial componente en lo que se refiere a la invención de medicamentos y en el desarrollo de nuevas tecnologías para la prestación de los servicios de salud, ya sea en su fase de promoción y prevención, diagnóstico, tratamiento o rehabilitación.

En cuanto a los medicamentos podrá afirmarse, en un comienzo, que el acceso a ellos es un derecho fundamental de cada persona humana y un derecho fundamental colectivo de todas las poblaciones. Un bien público. No obstante, el tema de los medicamentos a nivel mundial ha suscitado grandes conflictos y se ha demostrado una preocupante y constante tensión entre el derecho fundamental a la salud, la salud pública y la protección de la libertad económica, los negocios y lógicamente la protección a la propiedad intelectual. Igual podría afirmarse de las nuevas y especializadas tecnologías médicas.

La innovación e investigación en medicamentos se encuentra regulada básicamente por medio del Acuerdo sobre los ADPIC que considera la “generalización del sistema de patentes, de una duración mínima de veinte años, es indispensable para

22 Véase Presentación: SUS vs AUS.

permitir que las empresas farmacéuticas privadas sigan investigando.”²³ En concepto del Dr. Velásquez, el argumento es el siguiente: “la investigación es costosa, pero será financiada por las patentes que, al garantizar a las empresas farmacéuticas un monopolio, les permite mantener precios elevados, para poder continuar la investigación y el desarrollo de nuevos productos”

Si bien la innovación en el tema específico de los medicamentos es necesaria y debe ser objeto de protección, también es cierta la afirmación que por su importancia para el desarrollo de la salud pública de los estados, tal innovación e investigación debería ser orientada en procura del bienestar general de los pueblos y de la posibilidad real de asequibilidad a dichos medicamentos. En caso contrario y tal como lo determina la Declaración de Doha: “El Acuerdo sobre los ADPIC no impide ni deberá impedir que los Miembros adopten medidas para proteger la salud pública” Por tanto que los Estados puedan hacer uso de las “flexibilidades” contenidas en tal Declaración en favor de la salud pública de sus países cuando la mercantilización y ánimo de lucro de la empresas farmacéuticas desborden la posibilidad de acceder a sus invenciones en bien de la comunidad en general.

En palabras de Germán Velásquez “Si bien hay que preservar la investigación y el desarrollo de nuevos medicamentos, también es esencial que éstos puedan salvar vidas a partir del momento en que se los pone en el mercado y no veinte años después...hay que evitar que se perpetúe la absurda situación actual, en la cual millones de personas mueren por falta de medicamentos, que, sin embargo, existen y la sociedad puede poner al alcance de todos” y “En manos del sector privado, en gran parte, la investigación y el desarrollo de nuevos tratamientos dependen del mercado potencial del producto, y no de las necesidades de salud de las poblaciones con menos recursos. En el transcurso de estos últimos veinte años, puede decirse que no se investigaron enfermedades y epidemias que afectan a millones de personas en los países en vía de desarrollo...”²⁴ Al respecto valga citar la frase atribuida al oncólogo brasileño Drauzio Varella: “En el mundo actual, se está invirtiendo cinco veces más en medicamentos para la virilidad masculina y silicona para mujeres, que en la cura del Alzheimer. De aquí a algunos años, tendremos viejas de tetas grandes y viejos con pene duro, pero ninguno de ellos se acordará para que sirven”.

Si retomamos el esquema de modelos de salud, también se podría colegir que es en el modelo de aseguramiento universal en el cual podría haber un especial campo de desarrollo de la libertad económica y de los negocios en favor de las grandes farmacéuticas y en disfávor de la salud pública y del Derecho Fundamental a la Salud.

23 Véase Acceso a Medicamentos. Germán Velásquez. Editorial Universidad de Caldas.

24 Véase obra citada.

En el caso de Colombia, parte de la crisis de la salud ha sido motivada por el tema de los medicamentos. No solo por tener prácticamente los medicamentos más costosos del mundo²⁵ sino por la negación reiterada de los medicamentos “requeridos con necesidad”²⁶. Es de anotar que en Colombia desde el año 2006 y hasta finales del 2012 hubo un régimen de libertad de precios de los medicamentos. En la actualidad se ha venido regulando el precio de algunos medicamentos esenciales, pero aún existe una compleja situación en el tema no solo de medicamentos sino en general del sector salud en Colombia.

4. CASO COLOMBIA.

Sin duda Colombia ha sido un caso paradigmático y *sui generis* en el tema del Derecho a la Salud y en el proceso de estructuración y desarrollo del Sistema General de Seguridad Social Salud. Quizás para algunos, un modelo a seguir, quizás para otros, un modelo para aprender de los efectos negativos que se pueden desprender de esquemas liderados por el sector privado, por la libertad económica, por el ánimo de lucro y por la falta de gobernanza, inspección, vigilancia y control fuerte por parte del Estado.

El derecho a la salud se constitucionalizó de forma expresa en Colombia en los artículos 44²⁷ y 49 de nuestra actual Constitución Política como un derecho inherente a la persona. Este derecho fue reglamentado por la Ley 100 de 1993 que creó el Sistema de Seguridad Social Integral²⁸ colombiano. Este sistema está compuesto por tres subsistemas, entre ellos, el Sistema General de Seguridad Social en Salud o SGSSS.

25 Como ejemplo, en un estudio realizado por la Health Action International (HAI) en 93 países se encontró que en Colombia se pagan los más altos precios por los medicamentos, en algunos casos hasta doscientas veces. El estudio referido en la página web <http://www.finanzaspersonales.com.co/consumo-inteligente/articulo/colombia-pais-medicamentos-mas-caros/38092>, relata, entre otros casos, que :” En la Drogeria Minas-Brasil, por ejemplo, una caja de Aprovel (150 MG con 28 comprimidos) de Sanofi-aventis, que se utiliza para tratar pacientes con tensión arterial alta, cuesta 78,97 reales, más o menos \$85.000, mientras en Drogas la Rebaja se consigue en \$169.900. Es decir que los colombianos pagamos \$84.900 más que los brasileros, monto que alcanzaría para comprar otra caja.”

26 Término utilizado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional para referir a las prescripciones médicas remitidas por el médico tratante y que son esenciales para conservar la vida y la salud integral de los pacientes. Véanse en especial la Sentencia T-760 de 2008.

27 Este artículo se refiere a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes, dentro de ellos consagra expresamente el de la salud.

28 Artículo 1º y artículo 5º de la Ley 100 de 1993.

El SGSSS²⁹ contempló la existencia simultánea de dos regímenes: el régimen contributivo³⁰ y el régimen subsidiado³¹ en salud. A más de una forma intermedia y teóricamente transitoria denominada como “vinculados” o población pobre no afiliada o por afiliar y que en comienzo no tiene derecho a un Plan de Beneficios. El SGSSS tiene como objetivos: regular el servicio público y esencial de salud, crear condiciones para el acceso de toda la población al servicio de salud en todos los niveles de atención, cubrir las contingencias de enfermedad general y maternidad de sus afiliados y beneficiarios, y como corolario, garantizar a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Con tal fin, la citada Ley 100 de 1993 estipuló la implementación de un Plan Obligatorio de Salud o POS³², como un conjunto básico de servicios en salud para los afiliados y beneficiarios de dicho Sistema. El POS pretende, en consecuencia, cubrir las necesidades en salud y satisfacer el derecho a la salud de los afiliados y beneficiarios del Sistema por medio de la implementación, reconocimiento y garantía de servicios de promoción de la salud, prevención de la enfermedad, medicamentos, intervenciones, hospitalización y rehabilitación, entre otros.

A pesar de estos desarrollos jurídicos, con frecuencia, el derecho a la salud no satisface todavía a sus titulares, por parte de las Entidades Promotoras de Salud³³ o EPS o por parte de las Instituciones Prestadoras de Servicios de salud³⁴ o IPS.

Un indicador de esta falta de satisfacción del derecho a la salud es el ingente número de sentencias de revisión de acciones de tutela que por más de quince años dan cuenta de los conflictos jurídicos, administrativos y económicos que se presentan en la aplicación del SGSSS con respecto al POS.

No en vano se ha acuñado el término despectivo “muertos de Ley 100”³⁵, para designar a las muertes o el agravamiento de pacientes que por innumerables fac-

29 Libro II. Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ley 100 de 1993. Artículos del 152 al 248.

30 Dirigido a personas con capacidad de pago o de cotización.

31 Dirigido a la población pobre y vulnerable que se identifica por medio de un mecanismo de selección de beneficiarios en áreas sociales, denominado SISBEN.

32 Artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

33 De acuerdo con el artículo 177 de la ley 100 de 1993, las EPS son las entidades responsables de la afiliación, y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones. Su función básica es organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del POS a los afiliados.

34 El artículo 185 de la Ley 100 de 1993 determina que las IPS tienen como función prestar los servicios de salud en su nivel correspondiente a los afiliados y beneficiarios. Según el numeral 3 del artículo 155 de la citada ley, las IPS pueden ser públicas, privadas o mixtas.

35 Término utilizado por el autor de este *paper* en su tesis doctoral: Los muertos de la Ley 100. Prevalencia de la Libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. 2011. De manera análoga la Contraloría General

tores de tipo normativo o fáctico no recibieron en forma oportuna o eficiente los servicios de salud o de atención en salud correspondientes, por parte de las entidades responsables de administrar, financiar³⁶ o de prestar tales servicios. Igual, el término “paseo de la muerte” ha sido utilizado por la Defensoría del Pueblo y los medios periodísticos para designar el vía crucis que las personas han tenido que afrontar en busca de una atención inicial de urgencias y que, por falta de dicha atención, por innumerables motivos administrativos, económicos o logísticos, no han tenido tales servicios, y han muerto en el recorrido en busca de una cama o de una entidad que los reciba o en las mismas puertas de hospitales o clínicas del país. Con referencia al “paseo de la muerte”, el *Boletín Jurídico Bimensual de Supersalud* cita: “Entre otros, se pueden tener en cuenta los casos ocurridos en Barranquilla de marzo de 2006, Bogotá (Hospital de Tunjuelito de mediados de ese mes), Cali (abril de 2006). Cfr. *El País*, 26 de marzo de 2006, “Un paseo hacia la muerte”; *El Pulso*, “Espectadores ante la muerte”, *El Tiempo*, 5 de abril de 2006, “Denuncian caso de paseo de la muerte en Cali”; *El Colombiano*, “Otro niño sufre de paseo de la muerte”; *La Libertad*, “Paseo de la muerte, investigaciones se extienden al Hospital de Puerto Colombia”³⁷. En igual sentido en recientes noticias se han denunciado otros presuntos “paseos de la muerte” en ciudades como Cali, Barranquilla y Medellín³⁸.

Es exagerado el número de personas que en Colombia han muerto o se han agravado, a causa de la falta de satisfacción del derecho fundamental a la salud. Asimismo, son numerosas las personas que han muerto en el transcurso de los procesos de acción de tutela³⁹, y que pretendían hacer eficaz la promesa constitucional de protección de la salud.

La prestación de los servicios de salud en forma eficiente y con calidad es necesaria para hacer eficaz la promesa constitucional de protección de la salud. La eficiencia y la calidad son principios inherentes a los conceptos de seguridad social, salud,

de Medellín utiliza el término “tren de la muerte” para referirse al registro de 502 pacientes fallecidos en el año 2007 y primer semestre del 2008 por la no ubicación oportuna de dichas personas para la atención pertinente en otras IPS especializadas. De tal número el 68.13% de los casos corresponde al grupo de población mayor de 60 años. Véase *El Auditor*, medio informativo de la Contraloría General de Medellín. 2009, p. 6.

36 De acuerdo con el artículo 155 de la Ley 100 de 1993, las EPS y las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud son organismos de administración y financiación del SGSSS.

37 Véase *Boletín Jurídico Bimensual* de Supersalud, n.º 6, mayo-junio de 2006, pie de página 2, p. 5.

38 Véase por ejemplo: *El Tiempo* del 6 de julio de 2011. P. 18.

39 Véase, entre otras, y a manera de ejemplo, la sentencia T-001 de 2000, M. P. José Gregorio Hernández Galindo, p. 8 que se refiere en sus consideraciones, así: “No obstante que el señor [...] falleció encontrándose en trámite la acción de tutela y antes de proferirse el fallo respectivo, esta Corporación procederá a resolver de fondo sobre la violación de derechos que daría lugar al amparo impetrado”.

derecho a la seguridad social, derecho a la salud, plan de beneficios en salud y lógicamente a la prestación efectiva de los servicios de salud y a su correlativo goce efectivo. No obstante, informes como aquellos de la Defensoría del Pueblo, antes citados, y las múltiples acciones de tutela con relación a la negación de procedimientos y medicamentos incluidos en el POS que han sido revisadas por la Corte Constitucional son muestra de la ineficiencia y de la falta de calidad con las que las EPS e IPS accionadas han tratado el tema del suministro de dicho POS y por ello urge en Colombia un cambio estructural del actual modelo de salud a fin de evitar más muertos de la Ley 100.

Efectivamente, el SGSSS, creado en el marco de las reformas neoclásicas, materializadas en la Ley 100 de 1993, se basa en un modelo de mercado con competencia regulada⁴⁰, el cual tiene como supuesto básico que el mercado operará y producirá mejores servicios a mejor precio, en condiciones controladas por un Estado optimizador de los beneficios⁴¹. En el mismo sentido, anota Hernández Álvarez⁴² que, en síntesis, no se trata de un libre mercado, aunque sin duda se parte del supuesto de que el mercado es naturalmente más eficiente que el Estado para el manejo de los recursos y de la separación entre bienes privados y bienes públicos de la teoría neoclásica. De allí se derivaría la priorización de la eficiencia para el logro de mayor equidad.

En ese marco de competencia regulada y de pluralismo estructurado, el SGSSS tiene como base el modelo de aseguramiento y concurrencia de particulares en función de articuladores, denominados como patrocinadores en la teoría original de la competencia administrada, en específico en su calidad de EPS o de prestadores del servicio en su calidad de IPS⁴³. Particulares, que fundamentados en la libertad económica, en la libertad de empresa y de libre competencia lógicamente, *prima*

40 Acosta Ramírez, señala: "Con la reforma de 1993, Colombia adopta un nuevo sistema de salud. Este modelo conlleva cambios organizacionales como la creación de aseguradoras y la instauración del modelo de atención gerenciada (*managed care*) para la intermediación en la prestación de servicios. Adicionalmente, se instaura un mercado de competencia regulado en el aseguramiento y prestación de servicios (*managed competition*).” *Reforma colombiana de salud basada en el mercado: una experiencia de “Managed care y managed competition”*. Documento de Trabajo. ASS/DT 004-03. Centro de Proyecto para el Desarrollo. CENDEX.

41 El Estado básicamente actúa como regulador de servicios.

42 *Revista Cubana de Salud Pública*. Sociedad Cubana de Administración de Salud, julio-septiembre, Vol. 29, n.º 003. La Habana, Cuba, 2003, pp. 228-235.

43 Según Ramírez Rodríguez, este modelo de salud simula un mercado competitivo regulado a través de la fijación del precio y del producto. El producto es el POS y el precio la UPC que cubre el costo promedio del producto y de la administración. La oferta la realiza las EPS y la demanda los afiliados de los regímenes existentes y de los “vinculados. El funcionamiento del mercado depende de la interacción del producto, la oferta y la demanda. El mediador en la interacción de la oferta y el producto es el Gobierno a través del Fosyga. Confróntese Ramírez Rodríguez, Carolina. *Ganarles en su propio juego. Los determinantes del éxito de Salucoop*. Bogotá: Universidad Externado. 2005.

facie actúan en aras de los principios económicos propios de la empresa privada: eficiencia y ánimo de lucro⁴⁴.

En ese contexto, desafortunadamente, la eficiencia para el logro de mayor equidad se convirtió en la eficiencia bajo los parámetros de la libertad económica, la mercantilización de la salud y el ánimo de lucro desbordado y en muchas veces injusto. En efecto, las múltiples barreras de acceso real y efectivo por parte de, principalmente, de las entidades articuladoras, en su papel de administradoras de los diferentes regímenes, se convirtieron en barreras de decisión de vida o muerte para las personas que estaban “afiliadas” a ellas. Barreras y problemáticas que han sido de gran espectro y que no en pocas ocasiones han estructurado continuas colisiones entre el Derecho Fundamental a la Salud y el derecho a la libertad económica. Confrontaciones que generalmente han tenido que resolver la Corte Constitucional de Colombia en aplicación, generalmente, de la ponderación entre derechos y del principio de proporcionalidad al estar enfrentados dos derechos de rango constitucional.

En este punto es de advertir que tanto la naturaleza jurídica del derecho a la salud en Colombia como la resolución de los conflictos y de las colisiones presentadas han sido desarrollados y estructurados por revisión del alto organismo de las acciones de tutela⁴⁵ interpuestas por miles de personas que han sido objeto de negación injustificada de su derecho.

Con respecto a la iusfundamentalidad o no del derecho a la salud, en consecuencia su protección por vía de acción de tutela, es posible señalar la siguiente secuencia de posiciones por parte de la Corte Constitucional Colombiana, dentro de lo que podría denominarse como el *decurso o crónica de una fundamentalidad anunciada*:

(i) Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. El derecho a la salud, en una concepción primigenia, fue considerado como un derecho fundamental⁴⁶, es decir, sin ningún tipo de ficciones jurídicas. Más tarde, la sentencia T-307 de 2006⁴⁷ retoma el argumento del derecho a la salud como fundamental en sí mismo. Posteriormente la sentencia T-016 de 2007⁴⁸ señalara, entre otros, los muy intere-

44 Según Ramírez Rodríguez, la organización industrial que caracteriza al mercado de salud es el oligopolio.

45 Véase el artículo 86 de la Constitución Política de 1991 que consagra tal Acción en defensa de los derechos fundamentales.

46 Véanse las sentencias T-536 de 1992, M. P. Simón Rodríguez Rodríguez, p. 8; T-505 de 1992, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz, p. 11; T- 613 de 1992, M. P. Alejandro Martínez Caballero, p. 5; y la T-180 de 1993, M. P. Hernando Herrera Vergara. p. 9.

47 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 12 y ss.

48 M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. pp. 16 y ss. En igual sentido, véanse las Sentencias T-770 y T-816 de 2008, M. P. Clara Inés Vargas Hernández. pp. 11 y 5, respectivamente.

santes y, a la vez, muy controvertibles puntos: “todos los derechos constitucionales son fundamentales, la fundamentalidad de los derechos no depende –ni puede depender– de la manera como estos derechos se hacen efectivos en la práctica, la salud es un derecho fundamental cuyo contenido es acentuadamente prestacional”. Posteriormente, la sentencia T-760 de 2008⁴⁹ vuelve a reconocer, sin ningún tipo de ficción jurídica, que el derecho a la salud es un derecho fundamental⁵⁰. Finalmente y a pesar de algunas sentencias que han retomado el concepto de la conexidad o extensión, la Corte Constitucional parece haber arribado nuevamente al primigenio concepto de que el derecho a la salud es un derecho fundamental⁵¹. Concepto del cual no debió haberse apartado y que debe consolidarse en clave de Estado social. Por ende, bajo el caro concepto de Dignidad Humana. (ii) Obviamente, en los interregnos entre las sentencias arriba citadas, otras sentencias debatían diferentes criterios acerca de la naturaleza jurídica del derecho a la salud. En consecuencia se determinaron criterios jurisprudenciales tales como: Doble connotación del derecho a la salud: fundamental y asistencial⁵², Derecho a la salud como un derecho fundamental por conexidad⁵³, Derecho a la salud como un derecho prestacional, Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de algunas poblaciones específicas⁵⁴, Derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo en el caso de los contenidos del POS⁵⁵.

Con relación a los principales temas de confrontación se puede afirmar que han sido en forma principal sobre: sostenibilidad económica y equilibrio financiero de las empresas e instituciones, integración vertical patrimonial, independencia técnica y administrativa, contenido del POSC, cuotas moderadoras y copagos, periodos mínimos de cotización, mora en el pago de aportes y cotizaciones, reconocimiento y pago de licencias de maternidad, reconocimiento y pago de incapacidades médicas de carácter no profesional, y planes adicionales de salud-preexistencias.

49 Véase la sentencia T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa. p. 18.

50 La sentencia en cita, retoma el hecho de que uno de los elementos centrales que le da sentido al uso de la expresión “derechos fundamentales” es el concepto de dignidad humana, concepto que se relaciona directamente con la “libertad de elección de un plan de vida concreto en el marco de las condiciones sociales en las que el individuo se desarrolle”.

51 Al respecto véanse, entre otras, las sentencias: T-224 de 2010, T-046 de 2012 y la T-026 de 2013. A más, que ha sido claro desde tiempo atrás que el derecho a la salud para el caso de las personas especialmente protegidas por la Constitución del 91 es un derecho fundamental autónomo.

52 Como ejemplo inicial tenemos la sentencia T-484 de 1992, M. P. Fabio Morón Díaz. p. 5.

53 Es preciso aclarar que la teoría de la conexidad se refiere aquí con relación directa al derecho de la salud.

54 Véanse, entre otras, las sentencias T-535 de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz. p. 4 y la T-1038 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, p. 6.

55 Véase la sentencia SU-819 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis. pp. 13 y ss.

La gran mayoría de los conflictos o colisiones presentados se derivan de: (i) la necesidad de las personas de acceder a servicios de salud no incluidos en POSC. (ii) No obstante estar incluidos en el POSC, son requeridos sin el cumplimiento previo de las semanas de cotización establecidas para la atención de alta complejidad terapéutica. (iii) Aun cumpliendo los requisitos de semanas de cotización para las enfermedades de alto costo, ruinosas o catastróficas, o para el caso de las enfermedades generales, el usuario no tiene cómo pagar las sumas correspondientes a las cuotas moderadoras o a los respectivos copagos. (iv) También es posible que por mora por parte del empleador o del propio afiliado independiente en el pago de las cotizaciones y aportes correspondientes al Sistema a través de la respectiva EPS, no sea atendido o no se le reconozcan y paguen las incapacidades por enfermedad no profesional que se le haya prescrito. (v) También es posible que por mora por parte del empleador o de la propia afiliada independiente en el pago de las cotizaciones y aportes correspondientes al sistema a través de la respectiva EPS no se haya reconocido ni pagado la respectiva licencia por maternidad. (vi) Así mismo, se ha presentado la colisión cuando los servicios, actividades o procedimientos han sido prescritos por médicos no adscritos a la EPS⁵⁶. (vii) De otra parte, ha existido frecuente conflicto entre las empresas oferentes de PAS⁵⁷, en especial de los relacionados con los planes de medicina prepagada, en lo concerniente a la estipulación contractual de las preexistencias⁵⁸. En el nivel macro del SGSSS se ha presentado colisión entre la posibilidad empresarial de contratar por parte de las EPS con sus propias IPS y la limitación legal, precisamente a la llamada integración vertical patrimonial.

A manera de ejemplo se exponen los siguientes casos reales de conflicto. En estos han muerto o se han agravado las personas por la negativa de las entidades administradoras o de las prestadoras de servicio por medio de barreras de acceso real y efectivo⁵⁹.

Caso 1. T- 107 de 2007.

Niño. Jhon Alejandro Angel Roncancio (q.e.p.d). (Tres meses y medio)

Tipo de Barrera. De acceso. Económica. No POS. "...Fallecimiento de bebé como consecuencia de vacunas que no le fueron aplicadas y que requería con urgencia para su enfermedad

Patología. "BRONQUIOLITIS

56 En lo relacionado con la actividad de los Comités Técnicos Científicos (en adelante: CTC) se han dado colisiones entre sus decisiones y las prescripciones emanadas de los médicos tratantes.

57 Actualmente denominados como Planes Voluntarios de Salud (PVS) por el artículo 37 de la Ley 1438 de 2011.

58 Por ende, se presenta controversia en cuanto al reconocimiento de servicios, procedimientos y demás derivados de las estipulaciones plasmadas en dichos PAS.

59 Estas acciones de Tutela fueron revisadas por la Corte Constitucional de Colombia.

Decisión Corte Constitucional. Carencia de Objeto. DECLARAR la carencia actual de objeto, comoquiera que el beneficiario de la acción de tutela, el menor Jhon Alejandro Angel Roncancio, falleció durante el trámite de la misma.

Caso 2. T-756 de 2006.

Adulto mayor. Pablo Emilio Arias Echeverry (q.e.p.d). (83 años)

Tipo de Barrera. Administrativa. Dilación del procedimiento. "...dilatado injustificadamente la atención médica que requería con urgencia, visto el crecimiento acelerado de una masa tumoral en su rostro la cual debía ser operada con prontitud..."

Patología. Tumor cancerígeno en Cara.

Decisión Corte Constitucional. Carencia de Objeto. "...el paciente falleció el pasado 16 de mayo de 2006 esperando la realización de la mencionada intervención quirúrgica..." (Resalto fuera de texto)

Caso 3. T- 062 de 2003.

Enfermedad Catastrófica. Onorabilma Quirama de Rico (q.e.p.d). (67 años)

Tipo de Barrera. Acceso. Periodos Mínimos de Carencia. Económica. "...observa la Sala que habiéndose ordenado la práctica de una cirugía para extirpar un tumor cerebral, la entidad demandada actuó de manera ilegítima al dilatar su práctica por razones de orden económico, vinculadas con un posible faltante en el tiempo mínimo de vinculación de la paciente a la entidad Famisanar"

Patología. "...tumor cerebral maligno..."

Decisión Corte Constitucional. Carencia de Objeto por muerte. "...se abstendrá como se dijo, de proferir orden alguna en la defensa de los derechos fundamentales invocados, pero prevendrá a Famisanar E.P.S. para que en el futuro se abstenga de incurrir en conductas como las anotadas en esta providencia."

5. CASOS BRASIL Y CHILE

Latinoamérica, como antes se refirió, no ha sido ajena a las tendencias y presiones mundiales de tratar la salud en el marco de la teoría de los mercados. Por ende, de la mercantilización de la salud como un bien privado y las invenciones como productos de mercado de libre oferta y demanda. Presiones que normalmente son de origen extranjero, ya sea por medio de Organismos de la banca internacional o de grandes empresas farmacéuticas o de tecnología en salud como antes se había enunciado.

Pese a que las presiones y la tendencia han sido generalizadas, la participación de actores privados no ha sido igual en todos los países de la Latinoamérica. En unos se observa mayor empoderamiento del concepto de derecho y una regulación fuerte estatal, y en otros una participación más decidida de los agentes privados bajo la concepción del aseguramiento de la salud, algunos más controlados y otros más desbordados.

En tal sentido los casos referidos a Brasil y Chile son bastante interesantes por sus diferencias conceptuales y por la estructura de sus sistemas.

Brasil por ejemplo, presenta un sistema Universal denominado como el SUS, que es un sistema tripartito basado en un modelo de atención familiar. Participa el Estado, las federaciones y los Municipios, financian y gobiernan. Existe gran regulación y control. La participación de los actores privados está concebida de manera complementaria. De su parte Chile presenta un esquema más afinado en lo privado. No obstante ello, en la actualidad existe una importante gobernanza de tipo gubernamental y un especial control a los particulares en tal país.

Con relación a Brasil, puede decirse que es un caso paradigmático de los sistemas únicos de salud con universalidad fundamentada en el Derecho⁶⁰ y no solo en la cobertura. No obstante ello, desde la creación del SUS, parece existir una fuerte tensión con los agentes privados desde la estructuración del Sistema de Atención Médica Suplementaria (SAMS)⁶¹.

Según el artículo citado (Sistema de Salud en Brasil): “La salud como un derecho de los ciudadanos y un deber del estado es el punto de partida de la reestructuración del sistema de salud brasileño, cuyo elemento central es la creación del SUS y su implementación a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Salud en 1990. El sistema tiene tres objetivos: a) la universalización de la atención sin restricciones ni cláusulas de cobertura, b) la equidad en la atención, y c) la integridad de las acciones (promoción, protección, prevención, rehabilitación y diagnóstico temprano), incluyendo la atención al individuo y la colectividad y el cuidado del medio ambiente. Para ello se definieron tres estrategias básicas: a) la descentralización de la provisión de servicios hasta los

60 Véase El Art. 196 de la Constitución Federal de Brasil que define: “La salud es derecho de todos y deber del Estado...”. Aquí se define de manera clara la universalidad de la cobertura del Sistema Único de Salud.”

61 Según Víctor Becerril Montekio y otros, en el artículo Sistema de Salud en Brasil: “El sector privado complementa la asistencia de los servicios públicos. El SAMS es un sistema de esquemas de aseguramiento que comprende la medicina de grupo con planes de salud para empresas y familias, las cooperativas médicas, los Planes Autoadministrados o sistemas de aseguramiento de las empresas, y los planes privados individuales.”

estados y los municipios con apoyo del nivel federal, b) la unicidad de la coordinación mediante un mando único en cada nivel de gobierno y c) la participación social en la gestión del SUS a través de las Conferencias de Salud y los Consejos de Salud con funciones y participación bien definidas en la planificación y fiscalización de las acciones.

En tal sentido SUS como modelo de salud en el mundo es considerado como un sistema público de salud, nacional y de carácter universal con una fuerte gobernanza, inspección, vigilancia y control, y con amplia participación de la ciudadanía en la gestión y control social del Sistema.

Precisamente La Carta de los Derechos de los Usuarios de la Salud en Brasil, define varios principios básicos del derecho a la salud, tales como: derecho al acceso ordenado y organizado al sistema de salud; derecho a un tratamiento adecuado; respeto a la persona, sus valores y sus derechos; responsabilidades del ciudadano, y compromiso de todos los gestores de la salud..

De su parte, el derecho a la protección de la salud en Chile⁶² se encuentra determinado como un derecho, por tanto, con la estructura típica de un derecho a algo; está catalogado en el artículo 19, numeral 9 de su Constitución de 1980, actualizada en 2005⁶³. El Decreto con Fuerza de Ley 1 de 2005 regula el “nuevo sistema de salud chileno”⁶⁴.

El sistema público de salud chileno es mixto tanto en el financiamiento como en la prestación⁶⁵. En el financiamiento combina un esquema de seguridad social con un sistema de seguros de carácter competitivo. En el primero, de naturaleza pública, lo gestiona el Fondo Nacional de Salud (FONASA). Este Fondo recibe, además, las transferencias del Presupuesto de la Nación para la atención de los indigentes y para los programas de salud pública, de esta manera gestiona la globalidad de los fondos públicos y los aportes de los asalariados que escogen esta opción de aseguramiento. El segundo está constituido por las Instituciones de Salud Previsional (ISAPRE), aseguradoras privadas de salud que administran la cotización obligatoria de quienes opten por adscribirse a ellas. La Constitución de Chile otorga

62 A diferencia de Colombia, Chile no tiene un solo sistema de seguridad social, tiene alrededor de 15 programas destinados a la seguridad social, y estos hacen parte del sistema de protección chileno.

63 Precisamente se encuentra consagrado en el marco del capítulo III, De los Derechos y Deberes Constitucionales, sin que se haga ninguna distinción entre los derechos allí establecidos.

64 De acuerdo con el artículo 131 del DFL 1 de 2005, el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud comprende el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y a aquellas que estén destinadas a la rehabilitación del individuo, así como la libertad de elegir el sistema de salud estatal o privado al cual cada persona desee acogerse.

65 Véase Documento Perfil del Sistema de Salud en Chile. Programa de organización y gestión de sistemas y servicios de salud. División de desarrollo de sistemas y servicios de salud. OPS. 2002.

a los trabajadores la libertad de elegir entre las dos modalidades mencionadas, esto se reitera en el DFL 1 de 2005⁶⁶.

En Chile existe el denominado Plan AUGE que instruye los sistemas de salud público y privado, para dar atención prioritaria a un grupo de patologías específicas⁶⁷, determinadas por su alto y frecuente impacto en la salud del pueblo chileno. Estos beneficios corresponden a las GES (Garantías Explícitas de Salud) que aseguran, respecto a tales patologías, el acceso a la atención médica, como también a un máximo de copago por parte del beneficiario. Existe un fondo solidario que canaliza la financiación y gastos del AUGE. Se financia con las cotizaciones tanto de FONASA como de las ISAPRE, además de los aportes del fisco, entre otros. Es de notar que cada ISAPRE puede ofrecer un plan de salud diferente, acceder o negar la afiliación y puede imponer restricciones de cobertura de enfermedades preexistentes o embarazos en curso al momento de la declaración de salud.

Es de anotar que en Chile con la entrada del sistema democrático de gobierno se fortalece el equilibrio entre lo privado y lo público respecto al tema de la salud y se pasa de una prevalencia del aseguramiento privado a una participación mayor de lo público en beneficio de la salud colectiva. Por ello, podría afirmarse que teniendo en cuenta los indicadores de gasto y de resultados sanitarios Chile hoy presenta unos muy buenos niveles de salud pública e individual.

Brevemente, en cuanto a otros países de la región, es de resaltar el caso de México como ejemplo actual de la aplicación de las teorías del aseguramiento universal vía competencia de mercado, el de Perú en tal sentido y el de Ecuador que ha migrado desde su Constitución a los Sistemas Únicos de Salud basados en la salud como derecho al buen vivir.

CONCLUSIONES

La tensión entre Sistema Únicos de Salud y sistemas de aseguramiento son una realidad en casi toda Latinoamérica, con prevalencia en países como Colombia. Una tensión casi permanente entre el Derecho Fundamental a la Salud y el aseguramiento privado. El primero basado en el enfoque de derechos, irrenunciables, inalienables, universales e inherentes a la persona humana, con gran preponderancia

66 Chile presenta un sistema base denominado Sistema Nacional de Servicios de Salud. También tiene un Sistema de Seguros de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional y unos seguros complementarios de salud.

67 Plan de Acceso Universal con Garantías Explícitas. Ley 19.966 de 2003. El Plan AUGE se puso en marcha en Chile el 1 de abril de 2005 como proyecto piloto. Hoy cuenta con 56 patologías.

de la salud colectiva y pública y con prevalencia de los conceptos de promoción de la salud y prevención de la enfermedad como un compromiso real, público y social de cada Estado ; y los otros basados en premisas de mercado, de costo beneficio, de coberturas “universales”, de planes limitados de servicios, de exclusiones, de copagos, cuotas moderadores y cuotas de recuperación, de lógicas afincadas en el aseguramiento de tipo privado y en la capacidad de pago de las personas y lógicamente de barreras de acceso de todo tipo en aras de maximizar las ganancias y de hacer más rentable el negocio de la salud.

Una visión integral y sistémica de los conceptos de seguridad social y de salud, una concepción jurídica del derecho a la salud como un derecho seriamente fundamental, un sistema normativo acorde a tal concepción, claro, preciso y coherente, una jurisdicción especializada en el tema de la seguridad social y la salud, unos actores en función de la eficacia del derecho fundamental a la salud antes que en función de meros intereses económicos, unos afiliados y beneficiarios conocedores de sus derechos y deberes y unos órganos de dirección y control actuantes en función del derecho fundamental a la salud en el marco de un Estado Social, son los fundamentos, entre otros, para que el derecho fundamental a la salud sea protegido y respetado por los diferentes Estados en procura del bienestar, la vida digna y con calidad de todas la personas.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Segunda Edición en castellano. Traducción y estudio introductorio de Carlos Bernal Pulido. Madrid: 2007.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El Principio de Proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Tercera edición. Madrid: 2007 y Escritos Sobre la aplicación de los Derechos Fundamentales. Cuarta edición. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.
- COSTAS, Douzinas. *El fin de los derechos humanos*. Universidad de Antioquia. Medellín: Ed. Legis, 2008.
- CHINCHILLA HERRERA, Tulio Eli. *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales? Las nuevas líneas de la jurisprudencia*. Segunda Edición. Bogotá: Ed. Temis, 2009.
- DROMI, Roberto. *Derecho Administrativo*. 10ª edición. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2004.
- FERRAJOLI, Luigi. *Los Fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid. Trotta. 2001.
- GAÑÁN, Jaime León. *Derecho Fundamental a la Salud. Una visión desde el Sistema de Fuentes de Derecho. Personería de Medellín y Universidad de Antioquia. Experiencias de un Observatorio de Salud en Colombia. Observatorio de Salud, Medellín: La Carreta. 2011.*

- GANÁN ECHAVARRÍA, Jaime León. *Los muertos de Ley 100: Prevalencia de la libertad económica sobre el derecho fundamental a la salud. Una razón de su ineficacia. Caso del POSC*. 2013. Universidad de Antioquia. 2013.
- OSUNA PATIÑO, Néstor Iván. *Apuntes sobre el concepto de Derechos Fundamentales*. Temas de Derecho Público. Universidad Externado de Colombia. Instituto de Estudios Constitucionales “Carlos Restrepo Piedrahita”. n.º 37. Bogotá: 1997.
- VELÁSQUEZ, Germán, *Acceso a Medicamentos*. Editorial Universidad de Caldas. 2010.

Normativa

- Instrumentos Jurídicos Internacionales y Declaraciones.
- Constituciones Políticas de Colombia, Brasil y Chile.
- Leyes 100 de 1993 y 1122 de 2007 y decretos reglamentarios. Ley 1438 de 2011.
- Sentencias de Tutela: T-062 de 2003, T-756 de 2006, T-107 de 2007 y T-760 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Documentos:

- La Salud como Derecho, Marco Nacional e Internacional de Protección del Derecho Humano a la Salud, serie Aportes, n.º 3, Provea, Caracas, 1998,
- Derecho a la salud en la Constitución, la jurisprudencia y los instrumentos internacionales. Defensoría del Pueblo, 2003.
- Ganarles en su propio juego. Los determinantes del éxito de Salucoop. Bogotá: Universidad Externado. 2005. Ramírez Rodríguez, Carolina.
- Informe La Tutela y el Derecho a la Salud. 2012. Defensoría del Pueblo.
- Pluralismo estructurado: Hacia un modelo innovador para la reforma de los sistemas de salud en América Latina. Londoño de la Cuesta, Juan Luis y Julio Frenk Mora. Banco Interamericano de Desarrollo. Oficina del Economista Jefe. Documento de Trabajo 353.
- Sistema de Salud en Brasil. Víctor Becerril Montekio y otros. 2011.

Otros:

- Presentación: SUS vs AUS. Asa Cristina Laurel. 2014.
- Revista Cubana de Salud Pública. Sociedad Cubana de Administración de Salud, julio-septiembre, Vol. 29, n.º 003. La Habana, Cuba, 2003, pp. 228-235.
- <http://www.finanzaspersonales.com.co/consumo-inteligente/articulo/colombia-pais-medicamentos-mas-caros/38092>



Título: Estar

Técnica: Pintura sobre pared

Año: 2014

POSIBLES EXPERIENCIAS DE DEMOCRACIA Y CIUDADANÍA ACTIVA EN EL SIGLO XXI

Fecha de recepción: mayo 13 de 2014

Fecha de aprobación: junio 10 de 2014

POSIBLES EXPERIENCIAS DE DEMOCRACIA Y CIUDADANÍA ACTIVA EN EL SIGLO XXI

*Gabriele Vestri**

RESUMEN

Debido a la actual situación socio-jurídica de España, este trabajo tiene la pretensión de plantear algunas ideas sobre la relación entre los poderes públicos y la participación de los ciudadanos en los asuntos socio-políticos que les afectan. En este sentido ha sido necesario tomar en cuenta el deterioro de la Constitución Española frente al neoliberalismo cuyas consecuencias llevan al necesario replanteamiento de parte del contenido constitucional. Si por un lado los conceptos más clásicos de democracia quedan al margen de una participación fuerte, por el otro, vuelven a asomarse a este panorama elementos de la democracia participativa que debido a un aparente bienestar social se habían alejado de las exigencias ciudadanas. A eso se suma la presencia cada día más interesante de ideas nuevas como la de “democracia líquida” que tras la entrada de España en la era 2.0 parece representar una de las herramientas de ejercicio de la soberanía popular. Finalmente hemos querido destacar el papel del Tratado de Lisboa como posible instrumento de la construcción política a nivel europeo.

Palabras clave: neoliberalismo, participación, ciudadanía, democracia líquida, grupos focales.

POSSIBLE EXPERIENCES OF DEMOCRACY AND ACTIVE CITIZENSHIP IN 21ST CENTURY

ABSTRACT:

Due to the current socio-legal situation in Spain, this work has the aim to raise some ideas about the relationship between government and citizen participation on those socio-political issues that affect them. In this way it has been necessary to remark the deterioration of the Spanish Constitution against neoliberalism whose consequences lead to the necessary rethinking of the Constitution's content. If on one hand the classical concepts of democracy are far away from an active and strong citizen participation, on the other hand, some elements of participatory democracy which were bypassed due to an apparent social welfare, are now back again to the escenary. To all of this, now is added the increasing presence of interesting ideas like “liquid democracy” which after the entry of Spain in to the 2.0 era, it seems to represent a useful tool to popular sovereignty. Finally we want to highlight the role of the Lisbon Treaty as a potential tool of political construction in Europe.

Key Words: neoliberalism, participation, citizenship, liquid democracy, focus Groups.

* Prof. a tiempo completo de Derecho Constitucional Acreditado Prof. Ayudante Doctor Universidad Pablo de Olavide, Sevilla. E-mail gves1@upo.es

POSIBLES EXPERIENCIAS DE DEMOCRACIA Y CIUDADANÍA ACTIVA EN EL SIGLO XXI

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

En primer lugar es preciso indicar el papel de la actual Constitución Española (en adelante CE) y su relación con el neoliberalismo de los últimos tres decenios. La segunda fase será la de esclarecer qué es la democracia participativa y la ciudadanía activa y de qué manera pueden ser manejadas frente al presente estado social y al ambiguo estado de bienestar.

Como la mayoría de las Constituciones Europeas también la CE resulta ser la consecuencia de decisivos acontecimientos históricos y políticos¹. Después de la dictadura franquista y el periodo de la transición, en 1978 se aprueba la Constitución que trata de responder a las necesidades requeridas por los ciudadanos (reconocimiento de los derechos fundamentales y libertades sobre todo) y al mismo tiempo es la toma de posición política frente a un periodo histórico que alejó España de los demás países europeos.

Tras esto, la CE parece hoy encontrarse afectada por el sistema capitalista que en parte utiliza el neoliberalismo como antídoto a la instauración de un estado social fuerte y duradero. Debido a tal deformación, la participación ciudadana queda al margen de las decisiones sociales creando descontento y fastidio entre el pueblo español que ve “vacilar” su reconocida soberanía.

El breve recorrido político e histórico resultará útil para entender los actuales cuestionamientos a los que se debe enfrentar la Carta Magna y sobre todo será rentable para indicar algunas líneas teórico-prácticas de avance en la modernización de la relación Estado-ciudadanos así como indicar los modelos de participación ciudadana en la sociedad.

Si como es cierto, la CE necesita de una modernizadora reforma, al mismo tiempo tenemos la obligación previa de trazar cuáles son las condiciones socio-políticas en las que la posible reforma constitucional debería surgir.

1 Nos referimos en particular a la Constitución de la República Italiana (1948) y a la Ley Fundamental de Bonn (1949). En ambos casos las constituciones se instauran después de la Segunda Guerra Mundial cuando el aniquilamiento de los derechos humanos hizo necesaria la toma de posición a favor del reconocimiento constitucional de los derechos fundamentales que todavía componen las dos constituciones citadas.

II. LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA FRENTE AL NEOLIBERALISMO

Definir el neoliberalismo como la reducción al mínimo de la intervención estatal en las políticas sociales de un país sería excesivamente rápido, ver BONETTO y MARTÍNEZ (2012, págs. 214-215). No significa que desconocemos la definición, sin embargo nos parece idóneo indicar algunos perfiles que demuestren de qué manera, lo que hoy llamamos neoliberalismo, sólo es el resultado de aquel capitalismo que reinasoberano en Europa desde hace mucho tiempo atrás. Un corolario que ha llevado a la producción de políticas conservadoras, marginación de masas, sociedades fragmentadas, ruptura del tejido social, disgregación de los mecanismos de integración, capitulación de la soberanía nacional y degradación de la política BORON, 2003.

II.1 El constitucionalismo neoliberal

Sin ánimo de profundizar en esta sede en los hechos históricos creemos que hay que señalar una fecha importante para Europa: 12 de julio de 1947. Este día el Departamento de Estado de los Estados Unidos (en adelante EE.UU) instituyó el *European Recovery Program* (ERP), mejor conocido como el Plan Marshall². Si por un lado como afirma Michael Hogan “*this was the american way to stable abundance and social peace in Western Europe and to a fully multilateral system of World trade*” (HOGAN, 1987 p. 54) por el otro el capitalismo entra en la nueva Europa por la puerta grande. Los 13 mil millones de dólares que EE.UU. repartió entre los países europeos³ para el periodo 1947-1951 deben apreciarse en cuatro perspectivas. Primero: una parte del dinero sirvió efectivamente para la reconstrucción material de las ciudades destruidas por la Segunda Guerra Mundial. Segundo: buena parte de este dinero regresó a EE.UU a través de adquisiciones que los gobiernos europeos tuvieron que hacer con empresas estadounidenses. Tercero: el “*Plan Marshall*” aseguraba la presencia militar de EE.UU en Europa creando de hecho un enlace de control entre EE.UU, Europa y Oriente⁴. Cuarto y más político: la inversión estadounidense fue utilizada como instrumento de control frente al bloque soviético y comunista que de hecho corresponde a la implantación de un sistema imperialista gobernado por el capital.

2 La literatura que se ocupa del *European Recovery Program* es amplia y difusa resultando difícil indicar textos de particular referencia. Sin embargo este autor utilizó los siguientes libros: HOGAN, 1987 y GIMBEL, 1976.

3 Aunque en menor medida, España también recibió parte de la financiación.

4 No es casual que en Italia (Base Aérea de Aviano, Caserma Ederle de Vicenza, Camp Darby de Pisa, Base Aérea Naval de Sigonella), por ejemplo, sigan funcionando bases militares estadounidenses o la base hispano-estadounidense de Rota en España.

En Europa entonces se implanta un sistema que solamente en los años setenta tendrá una transitoria debacle debida a las luchas de las clases obreras protagonizadas principalmente por países como Italia, Francia, Alemania o España. De hecho, la época imperialista provocó un auténtico desorden social que en algunos países con el apoyo de las fuerzas obreras suscitó también la rebelión de los intelectuales, Baldini y Castoldi, Milano, 1998, pág. 152.

El sistema capitalista y neoliberal concibe las normas constitucionales como un límite al desarrollo imperialista y en lugar de trabajar para cambiar y adaptar el sistema social a las normas constitucionales y entonces a las exigencias de las personas, utiliza la política para seguir con el proyecto económico-dominador en oposición a los principios codificados. En su último libro, Atilio Borón anota que donde se impuso el imperialismo y el neoliberalismo, estos fracasaron y limitaron el crecimiento económico, las consecuencias sociales fueron y son siniestras con producción de sociedades desiguales y con mayores niveles de exclusión social, BORON (2012, pág. 45).

Los órganos constitucionales no han sido capaces de representar la respuesta a este malestar que por lo menos limitara las complicaciones de la visión imperialista de la sociedad y por ende han perdido el contacto con las exigencias ciudadanas. Hoy en día el Tribunal Constitucional Español se utiliza como arma política⁵ y herramienta electoral cuando por lo contrario el Alto Tribunal debería volver a ser apreciado por su primitiva función: el control constitucional y la garantía de los derechos, individuales, sociales y colectivos.

Por otro lado hoy resulta que el constitucionalismo moderno es de naturaleza “adaptadora” es decir, la estructura constitucional se adecua a los imperativos neoliberales produciendo un constitucionalismo de mercado impulsado por organizaciones internacionales (en el caso Europeo cabe seguramente citar el Banco Central Europeo).

El caso español de los últimos años representa esta conciliación silenciosa. Las actuales reformas laborales, de la educación y en materia sanitaria identifican tres resúmenes de los cambios infra constitucionales al servicio de las políticas neoliberales. De hecho hacen que las personas pierdan derechos creados y mantenidos por el constitucionalismo social. En esta perspectiva es posible “activar y desactivar zonas enteras del sistema constitucional, principalmente en el caso de aquellas materias que constituyen lo que consideren distorsiones u obstáculos a la

5 Vid. por ejemplo: http://politica.elpais.com/politica/2012/12/18/actualidad/1355858180_172016.html
[Fecha de consulta 19 de diciembre 2012]

acumulación del capital por parte de las corporaciones transnacionales” (SANCHEZ RUBIO, SOLÓRZANO ALFARO y LUCENA CID, 2004, pág 47). Detrás de las llamadas medidas de austeridad se quiere esconder la destrucción de la protección que brindaba el constitucionalismo social.

El aparato constitucional español se desenvuelve en esta suicida “ruleta rusa”, un juego que puede convertirse en letal si España no decide tomar medidas concretas en contra de la visión neoliberal de la política y de la sociedad.

El primer paso para este cambio debe ser el reconocimiento de un papel fuerte y activo por parte de la ciudadanía, una participación no solamente teórica sino que retome e intensifique algunos instrumentos de democracia existentes y acerque la CE a la participación ciudadana.

Sin embargo nos parece conveniente indicar qué significa o debiera significar este acercamiento institucional y ciudadano.

III. LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA

No podemos abordar el tema de la democracia participativa sin antes advertir sobre una exacta utilización del lenguaje. Es notorio cómo en materia de democracia observamos diferentes conceptos: democracia directa, democracia asociativa, democracia representativa, democracia liberal, democracia líquida y muchos más. Todos ellos no son sinónimos ni bajo el punto de vista jurídico ni bajo el punto de vista axiológico.

Vale la pena señalar que a nivel constitucional europeo los textos constitucionales no aclaran estos conceptos, salvo que en el caso de la Constitución Portuguesa cuyo art. 2 hace mención clara a la democracia participativa:

“A República Portuguesa é um Estado de direito democrático, baseado na soberania popular, no pluralismo de expressão e organização política democráticas, no respeito e na garantia de efectivação dos direitos e liberdades fundamentais e na separação e interdependência de poderes, visando a realização da democracia económica, social e cultural e o aprofundamento da democracia participativa”.

Sin embargo la previsión constitucional portuguesa parece permanecer relativamente teórica y con vínculos que necesitan un enérgico desarrollo posterior. De hecho es necesaria una “profundización de la democracia participativa” con lo cual suponemos una obligatoria labor de los poderes públicos para su perfecto conocimiento y puesta en marcha.

Existen entonces escasas normas que explícitamente reconocen algún tipo de democracia participativa con lo cual esto complica la utilización de las ideas, (ALLEGRETTI, 2010, pág. 14).

Por otro lado y siempre en el ámbito constitucional, sí existe un acercamiento indirecto al concepto de participación. Es el caso de la Constitución Italiana, art. 3.2:

“È compito della Repubblica muovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese”.

El Constituyente italiano manifiesta una indefinida y limitadora “efectiva participación política, económica y social”. Se hace referencia explícita a los trabajadores excluyendo, por ende, todos los que no componen este colectivo. En estos términos la exclusión provoca una evidente diferencia de trato entre ciudadanos. Por otro lado cabe citar el art. 50 de la Constitución Italiana que aunque no utiliza la palabra participación, abre por lo menos teóricamente a una relación más directa entre ciudadanos y poderes públicos:

“Tutti i cittadini possono rivolgere petizioni alle Camere per chiedere provvedimenti legislativi o esporre comuni necessità”

La misma CE en su art. 105 parece abrir a una forma de participación personal de los ciudadanos:

“La ley regulará: a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten. b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas. c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado”.

Sin embargo la referencia al concepto de audiencias oscurecía aquel requisito de vinculación a los que los poderes públicos en calidad de representantes del pueblo deberían someterse. Por otro lado parece faltar, y aun más en este momento histórico, un reconocimiento de las organizaciones o asociaciones como posibles grupos de presión positiva sobre la labor de los poderes públicos.

Siempre en esta línea y para ser precisos cabe señalar que en materia legislativa la CE reconoce la participación popular. En su art. 87.3⁶ establece la “iniciativa popular para la presentación de proposiciones de ley”. Como decíamos efectivamente se trata de una participación pero que está reducida a determinados campos (por ej. sigue el art. 87.3: “No procederá dicha iniciativa en materias propias de ley orgánica, tributarias o de carácter internacional, ni en lo relativo a la prerrogativa de gracia). Al mismo tiempo hay que reconocer que el concepto de democracia participativa no se reduce solamente a la aprobación de normas sino que tiene un alcance mucho más general y profundo que afecta a las exigencias diarias de los ciudadanos.

En otros términos de ideas el art. 23.1 de la CE indica la participación de los ciudadanos en los asuntos públicos pero la actuación práctica de dicha intervención recuerda más la utilización de los instrumentos de democracia representativa⁷.

Si a nivel semántico la participación es una dinámica relacional entre dos o más sujetos dentro de una determinada actividad, en términos jurídicos y más en el ámbito del derecho público, su significado puede tener diferentes características. Por un lado y acatando la definición general, podemos delinear la participación como una contribución individual, plural o colectiva sobre decisiones de interés público. Por otro lado, la participación identifica “*los actos cumplidos por privados ciudadanos que influyen la elección de los hombres de gobierno y/o las acciones que ellos han de cumplir*” (VERBA, NIE y KIM 1987, págs. 46 y ss.)

En este sentido las diferencias, sobre todo en términos de valores, resultan significativas: en ambos casos no se hace directa referencia a la participación a través del voto; resulta sustancial la necesaria consideración de los actos de participación pero también y quizás más, de las prácticas de participación y finalmente los ciudadanos no deberían solamente influenciar sino poder tomar decisiones terminantes.

A la luz de estas breves distinciones, resulta que la participación es una condición en el proceso democrático que bajo criterios de transparencia, conocimiento y continuidad crea las premisas para que los ciudadanos individualmente o colectivamente ejerzan aquella función de soberanía y de enriquecedora integración –complementar y concurrente- otorgada por el texto constitucional.

6 Así como podemos citar el art. 92 CE aunque que el referéndum consultivo encaje más en el concepto de democracia directa.

7 Cabe señalar también el artículo 48 a semejanza del 3.2 italiano así como el derecho de petición reconocido en el artículo 29 CE o el reconocimiento del referéndum.

En otros términos, “las democracias liberal-constitucionales pueden compaginar la protección de la acción privada, de las asociaciones civiles y de la sociedad civil, con la creación y conservación de nuevos espacios políticos situados en la sociedad política” (BARRY CLARKE, 2010, pág. 113). De hecho, por lo menos teóricamente, la relación entre participación ciudadana y deliberación política resulta simple: los ciudadanos eligen sus representantes cuyas posturas más se cercana sus ideas. Los representantes políticos deberían implementar e impulsar políticas coherentes con las preferencias recibidas (STOKES, 2001, pág. 163). En esta secuencia parece faltar la conjunción entre lo que los ciudadanos quieren y las decisiones adoptadas. En este contexto cabe señalar que la Constitución prohíbe el mandato imperativo de los partidos políticos hacia el candidato electo perteneciente a su grupo, a favor de su autonomía (art. 67.2º. CE). La problemática se suscita, en consecuencia, cuando los partidos, en ejercicio de la denominada disciplina de partidos, deciden expulsar a quien ya ostenta un cargo o representación política en el momento en que el político rompe con la disciplina de su partido político, justo a través del cual accedió al cargo⁸

El enlace entre estas dos situaciones es el debate necesario para que la política y los políticos se conviertan en los verdaderos representantes ciudadanos que actúan la voluntad popular. Según el histórico trabajo de Gerhard Leibholz, los partidos políticos deberían impedir que los parlamentarios adopten autónomamente decisiones en el sentido de parlamentarismo representativo tradicional. Los parlamentarios dejan de representar el pueblo y se convierten en meros delegados que deberían poder ser revocados cuando no cumplen la voluntad popular, LEIBHOLZ 1965, pág. 56.

Por otro lado, nos parece conveniente en esta sede indicar algunos rasgos de naturaleza comunitaria a la luz del acercamiento que la Unión Europea ha propuesto frente a la legitimación democrática de sus ciudadanos.

Vale la pena recordar el art. 11.4 del TUE (Tratado de Lisboa) incluido en el Título II “*Disposiciones sobre los principios democráticos*”:

“Un grupo de al menos un millón de ciudadanos de la Unión, que sean nacionales de un número significativo de Estados miembros, podrá

8 El Tribunal Constitucional pronunció dos importantes sentencias, el denominado caso de Elecciones Locales, STC 5/1983, de 4 de febrero, completada con su STC 10/1983, de 21 de febrero, cuya jurisprudencia fue reiterada posteriormente en otras como: STC 16/1983, de 10 de marzo; STC 20/1983, de 15 de marzo; STC 28/1983, de 21 de abril; entre otras. En ellas, definió el derecho de permanencia en el cargo y la prohibición de mandato imperativo y dio un amplio adoctrinamiento sobre la interpretación de la protección del artículo 23 de la Constitución Española en relación con el juego de los partidos políticos en las elecciones locales. Vid. MARTÍN SÁNCHEZ María, “La prohibición del mandato imperativo en el sistema electoral español”, *Revista Justicia Electoral* Vol. I, núm. 6 pág. 226

tomar la iniciativa de invitar a la Comisión Europea, en el marco de sus atribuciones, a que presente una propuesta adecuada sobre cuestiones que estos ciudadanos estimen que requieren un acto jurídico de la Unión para los fines de la aplicación de los Tratados”.

Al Tratado de Lisboa corresponde el Reglamento (UE) núm. 211/2011 sobre la iniciativa ciudadana que si leído de forma conjunta con el Tratado parece complicar la acción popular y ciudadana en materia de participación. En los documentos de acompañamiento de la propuesta los ciudadanos presentarán a la Comisión un programa de trabajo que si por un lado deberá tomar en seria consideración la solicitud, por el otro no incide sobre el derecho de iniciativa legislativa que los Tratados reconocen a las instituciones europeas (LANZONI2011, pág. 816.) Esta visión queda avalada por el art. 24.1 del TFUE que haciendo expresa referencia al art. 11 TUE establece que el Parlamento Europeo y el Consejo deliberarán según el procedimiento legislativo ordinario. El posible resultado es que “la iniciativa de los ciudadanos, análogamente a la pre-iniciativa legislativa del Parlamento Europeo, represente sólo una posibilidad de influir sobre la agenda política de la Comisión [...]” LANZONI2011, pág. 816.

Sin embargo y por lo menos a nivel axiológico, hay que registrar que el Tratado de Lisboa reconoce a la participación ciudadana el máximo grado de vinculación jurídica tanto que la asume como un principio fundamental de la Unión (FERRI 2011, pág. 331). A través del Tratado de Lisboa (y más en la parte que atañe nuestra investigación), se ha logrado entonces abrir definitivamente el diálogo con la sociedad civil estimulando la participación de gran parte de la sociedad europea.

III.1 La ciudadanía activa: retomando los procedimientos de “bottom-up”

En el ámbito de nuestra investigación los ciudadanos representan los elementos esenciales y necesarios para implantar un sistema de democracia participativa fuerte y duradera. Tras esto es nuestra obligación proponer las condiciones para que una persona pueda considerarse parte de la ciudadanía y sin que a tal efecto prevalezca la definición más conservadora de tal concepto (es decir ligada a la nacionalidad). Nuestra visión toma su punto de partida en la pertenencia de una persona a una determinada realidad social.

Esta idea incorpora la predisposición de las personas de involucrarse en las dinámicas de participación. No debemos entonces esperar que jurídicamente nos indiquen las características para ser considerados ciudadanos sino que somos ciudadanos siempre y cuando nuestra participación en la sociedad sea activa y desinteresada de las lógicas personales. A la base de esta posición está la revisión de la percepción del bien común y del espacio público.

Exactamente desde esta perspectiva debemos abordar el tema. El ciudadano no debe participar pasivamente a la creación de la democracia sino que deberá dar lugar a la acción. “En definitiva, los derechos, los deberes y la justicia no son partes separadas de la construcción de la ciudadanía, sino piezas imprescindibles de una única estructura” (PUYOL, 2010, pág. 55). El camino está bien trazado: las tensiones sociales que tienen su demostración en las manifestaciones masivas, en los movimientos sociales, en la crítica a las políticas gubernamentales deben entenderse como el lugar de ejercicio de la participación. Criminalizar este tipo de ciudadanía activa significa someterse al liberalismo que “desaprueba la política agonística, la participación política y cualquier cosa distinta a los modelos más superficiales de ciudadanía” (BARRY CLARKE, pág. 127). Hoy más que nunca la política se quiere acercar a una regulación limitadora del derecho de manifestación y de expresión. Es el caso de los “escraches”, una manifestación pacífica en la que un grupo de activistas se dirige al domicilio o lugar de trabajo de alguien a quien se quiere denunciar. Esta práctica, pacífica, se quiere convertir en acoso tanto que el Ministerio de Interior español, a través de la Dirección General de Policía, ha remitido a todas las comisarías y dependencias policiales una instrucción urgente en la que ordena a los agentes que dejen de utilizar el término «escrache» cuando hablen de este tipo de acciones contra representantes políticos y se refieran a ellas como acosos, amenazas y coacciones.

Queda claro que lo ciudadanos deben lograr una auténtica capacidad cívica así que en palabras de Consuelo Ares de Giordano, “los ciudadanos precisan oportunidades para expresar sus puntos de vista, para aprender de los otros, para entablar discusiones. Sin esas posibilidades se transforman en ciudadanos silencios, súbditos perfectos de gobiernos autoritarios” (ARES DE GIORDANO 2009, pág. 327).

El punto de inicio hacia el reconocimiento de la ciudadanía activa tendrá que pasar por el incremento previo de los procedimientos de “bottom up” (en adelante BU) es decir de abajo hacia arriba. Este enfoque (en oposición con los procedimientos de “top down”, de arriba hacia abajo)⁹, empieza con el reconocimiento de las redes de protagonistas que intervienen en la entrega de servicios, sus capacidades, estrategias, interrelaciones y contactos, y a partir de la reconstrucción de esta red de contactos para devolver hacia arriba en la identificación de los actores involucrados en los distintos niveles intergubernamentales. Revisten un papel central los movimientos sociales, las asociaciones, los Comités que operan en un determinado

9 A tal propósito queremos destacar cómo en el ámbito europeo existen sistemas que se acercan al “top down”. Es el caso de Toscana y Lazio en Italia que desde la misma institución reconocen una dialéctica con los interesados o, aunque con diferencias, el “dèbatpublic francés”. En este sentido Vid. ALLEGRETTI . pág. 19

contexto y del cual conocen las exigencias más inmediatas. Es oportuno entonces crear las condiciones para que las personas, convertidas en ciudadanos y mediadores, puedan recortar las distancias entre las necesidades ciudadanas y la toma de decisiones nacionales. El art. 137 CE, reconociendo la organización territorial según un sistema piramidal inverso (Municipios, Provincias, Comunidades Autónomas y Estado), nos otorga el marco teórico de los procedimientos de BU.

El siguiente paso es entonces indicar el marco práctico dentro del cual establecer las herramientas técnicas con las cuales la ciudadanía puede tomar decisiones en el entorno que le compete y al mismo tiempo incrementar la visión descentralizadora del Estado. Dicho de otra forma, pensar en un fuerte proceso de BU expresa la posibilidad de pasar de un estado autonómico a un estado federal donde este último resulte de naturaleza cooperativa orientado hacia la participación de los diversos niveles territoriales en la adopción de las decisiones. Con el federalismo cooperativo se sostiene que todos los niveles del poder nacional, provincial y local, trabajan juntos en los mismos campos y áreas, compartiendo funciones y el poder mismo¹⁰.

III.2 La tipificación de la participación

Teniendo entonces más claro el concepto general de participación podemos brevemente plantear una posible categorización de ella indicando tres diferentes tipos: *a) la democracia directa, b) la democracia representativa, c) la democracia participativa.*

En términos generales pero profundamente actuales y en palabras de Giovanni Sartori, “la democracia que debemos comprender es la democracia política destinada a reducir las múltiples voluntades de millones de personas a una jefatura única” ya que “la democracia política es aquella que opera en las peores condiciones posibles y no hay que pretender de una democracia a gran escala lo mismo que se puede esperar de una democracia en pequeña escala” (SARTORI 2012, pág. 14). Quizás nuestra tarea de cara al futuro será la de replantearnos las exigencias y las posibilidades de una democracia a “pequeña escala”.

Tras estoparte de la doctrina afirma que el modelo de democracia representativa y el de democracia directa con el tiempo han aprendido a coexistir aunque en la visión

10 En el caso de Estados Unidos este tipo de Federalismo gira en torno de la cooperación en la dirección de programas. Aquí prevalece la asistencia y ayuda entre los poderes, la colaboración entre los distintos poderes como también la interdependencia, siendo los funcionarios de los distintos niveles “colegas” y no rivales, desapareciendo las connotaciones del Federalismo Dual de separación, independencia y rivalidad. Vid. BERTRÉS RAUL EDUARDO, “Modelos de federalismo e interpretación federal”, *Kairos, Revista de Temas Sociales*, núm. 5, <http://www.revistakairos.org/k05-07.htm> [en línea]

del Prof. Donati, “la democracia directa parece englobarse en la representativa con lo cual queda aun más importante entender el concepto de democracia participativa como tercer grupo fundamental” 2010, pág. 154.

Debemos entonces percibir la democracia representativa como la consolidación del concepto de Estado-Nación del Siglo XIX, implantada por la revolución industrial y asumida por la revolución burguesa. Sin embargo hoy día este tipo de democracia, que todavía sigue vigente, se encuentra frente a nuevos desafíos y pasa inevitablemente por dificultades que abren camino a la noción de democracia participativa. En primer lugar, si como es cierto la democracia representativa es el signo distintivo del Estado-Nación, nos encontramos frente al débil alcance de este tipo de “*demos*”. Hoy, asuntos que tienen origen fuera de los confines nacionales logran interés y repercusión en las sociedades nacionales (problemas medioambientales, conflictos, flujos de capitales etc.). Esto nos llevaría entonces a replantearnos el fenómeno de la mundialización y a su sistema de gobierno, en otras palabras lo que los analistas, politólogos y juristas reconocen como la democracia cosmopolita con el consecuente establecimiento de un poder democrático mundial¹¹. Si esto fuera posible, se debería limitar la labor de los poderes nacionales, tema muy complicado de cara a las peticiones nacionalistas y federalistas dentro de los territorios nacionales. En esta línea podría generarse un desequilibrio entre los límites internos (descentralización del poder) y los límites de naturaleza externa (por ejemplo: las organizaciones internacionales). Por un lado entonces las presiones internacionales, aún más de la Unión Europea, a favor del fortalecimiento de la estabilidad unitaria de la Unión y por el otro las reivindicaciones soberanistas que en diferentes casos reclaman una independización del estado nacional más que un poder autonómico con mayores competencias. Por otro lado, resulta discutible sostener que los Estados nacionales gocen de una soberanía absoluta, cuando en realidad se consolidan a una voluntaria limitación de soberanía (en sentido general podemos citar el ejemplo de los acuerdos económicos bilaterales y multilaterales de los Estados de la Unión Europea).

En segundo lugar, la democracia representativa deberá lidiar con su debilidad acerca del tema de la participación ciudadana. Es por eso que en el Siglo XXI, el concepto histórico de democracia representativa se advierte superado a favor de un sistema participativo de los ciudadanos.

Avala nuestra teoría la misma estructura del actual sistema democrático. Primero: en España la participación ciudadana se reduce al voto cada cuatro años, no existe una verdadera continuidad en la relación entre el poder político y los electores. Se-

11 En este sentido entre otros Vid. GANUZA FERNÁNDEZ Ernesto, ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR Carlos,” en GANUZA FERNÁNDEZ Ernesto, ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR Carlos (coordinadores) “*Democracia y presupuestos participativos*”, 2003, págs. 16 y ss.

gundo: tras las elecciones las instituciones creadas quedan aisladas de la ciudadanía y de sus intereses. Tercero: los poderes de las instituciones políticas se instauran a través de partidos políticos que en algunas ocasiones limitan la representación de sus electores. Cuarto: la democracia representativa, con el tiempo, ha creado “políticos con cargos” y con voluntad de permanencia, poco perceptivos del sentir ciudadano¹².

En esta línea entonces se asoma en el nuevo panorama social la noción de democracia participativa o quizás sería mejor definirla como experiencia participativa. Probablemente el punto de inicio de esta práctica se logra a finales de los años noventa en Porto Alegre. Empezó siendo una experiencia modesta, impulsada por una de las corrientes del Partido de los Trabajadores y centrada en el debate y deliberación por abajo de las preferencias presupuestarias en el municipio; todo esto con la participación de poco más de cuatrocientos ciudadanos para una población de más de un millón de habitantes. A partir de 1989 el número de los militantes, procedentes de los distintos distritos del municipio, fue creciendo hasta sobrepasar, diez años después, la cifra de veinte mil es decir casi un 20% de la población. Cabe señalar en esta sede también otras experiencias (sólo a título de ejemplo): el Ayuntamiento de la Ciudad de Córdoba, Argentina, Villa el Salvador, Lima-Perú, pero también casos nacionales como Sevilla, Málaga o Córdoba (Andalucía), Colonia de San Pedro (Baleares), Santa Cristina de Aro, Figaró-Montmany, Rubí, Castellar del Vallés, Sabadell, SantBoi de Llobregat y Vilafranca del Penedés (Cataluña).

A la luz de diferentes experiencias podemos afirmar que la democracia participativa supone la información, consulta, control e incluso decisión de la comunidad sobre aspectos de las políticas públicas. Lo importante es el fondo de la propuesta que consiste en la influencia real de la sociedad civil sobre la sociedad política.

Tras esto tenemos la demostración del alcance que nuevas ideas de democracia puedan tener. Por otro lado debemos asumir la obligación de indicar el procedimiento para que el concepto de democracia participativa se convierta en realidad.

III.3 “Focus groups”, “towns meetings” y la era 2.0

Si hasta este momento, hemos señalado el marco teórico, ahora hace falta indicar unas de las herramientas útiles para que el proceso de participación se pueda llevar a cabo. En este sentido es necesario recuperar los elementos de algunas herramientas que utilizadas quizás más en sociología, puedan ser extraordinarios aliados en el

12 En materia de conexiones políticas Vid. BLANCO VALDÉS Roberto Luis, 2001

avance de la participación ciudadana. Hacemos referencia a los “*focus groups*” (en adelante FG) y a los “*towns meetings*” (en adelante TM).

Entendemos los FG como la concentración de personas que proponen una serie de exigencias-preguntas que serán respondidas por la interacción de las personas que componen el grupo focal. En este contexto la reunión del grupo pierde aquellos requisitos de formalidad que en muchos casos detienen a las personas de expresar sus dudas y sus posiciones. Los participantes deben sentirse cómodos y libres durante sus intervenciones así como deberán poder compartir y debatir sus opiniones.

La participación se articula a través y a partir de las asambleas y reuniones de las asociaciones de vecinos, pero también con la intervención y el apoyo de los sindicatos, organizaciones sociales de diverso tipo y representantes de la administración municipal. Para lograr la mayor representación ciudadana posible, las personas que participan en los encuentros no son siempre las mismas sino que deberá haber una rotación garantizando de esta manera el interés particular y colectivo popular. En las asambleas y reuniones se trata de combinar las reivindicaciones más sentidas en los diferentes barrios y después distritos de la ciudad articulando una serie de propuestas útiles a decidir sobre las actuaciones preferenciales.

Los FG entonces implican un acercamiento a la realidad cotidiana de los ciudadanos y representan la construcción y descubrimiento de las necesidades y posibilidades entre las que se elegirán las propuestas que se elevarán a un debate más formal en los TM. Este tipo de Gobierno asambleario tiene, según nuestra visión, una doble función: 1) se trata de “*meetings*” abiertos es decir de participación plural. Se componen no solamente de los que intervinieron en los FG sino también a los demás ciudadanos del barrio, del distrito y a los poderes públicos locales, autonómicos o nacionales dependiendo de la materia objeto de discusión; 2) las decisiones tomadas durante los TM se deberán reconocer como vinculantes para los poderes públicos. Las autoridades deberán tener la obligación de acatar la decisión ciudadana y llevarla al siguiente nivel de actuación.

En todas las diferentes fases la presencia ciudadana rotativa (para garantizar los principios democráticos) en las entidades públicas deberá ser siempre respetada. La ciudadanía en este contexto se compone entonces de personas que representan diferentes colectivos sociales: mayores de edad, personas mayores, extranjeros, voluntarios, etc. En este sentido los que componen la clase política se convierten en facilitadores al servicio de la soberanía popular que no necesariamente tendrá que corresponder con los electores de una determinada parte política.

El gráfico que sigue tiene la aspiración de demostrar la dinámica ascendente de la toma de decisiones. A través de reuniones puntuales en los barrios donde se

establecen las líneas de actuación se pasa al segundo nivel en los distritos. En esta sede se toma posición sobre los asuntos que se quieren llevar al siguiente grado. Dependiendo de la materia y de los destinatarios y con el apoyo institucional se tomarán las decisiones: locales, autonómicas o nacionales.

A la luz del vínculo ciudadano y político con la sociedad, las decisiones en los diferentes ámbitos tendrán que ser tomadas por mayoría simple y gracias al voto de los ciudadanos que cumplan el requisito predeterminado pero de gran alcance (mayoría de edad, residencia, gozar de los derechos civiles y políticos).



Fig.1 La dinámica ascendente. Elaboración propia.

Sin embargo, detectamos la necesidad de difundir aun más el concepto de ciudadanía activa y de participación. Afortunadamente el Siglo XXI nos permite utilizar una serie de herramientas tecnológicas que parecen ayudar en la divulgación y actuación política de los ciudadanos. La democracia participativa en la era 2.0¹³ se convierte en la que podemos denominar “democracia líquida”.

En este entorno se desenvuelve la *cyberparticipación*. Los datos de utilización de internet en España son asombrosos. Según EGM (2012), el total de internautas se eleva a 17,6

13 El término Web 2.0 comprende aquellos sitios web que facilitan el compartir información, la interoperabilidad, el diseño centrado en el usuario¹ y la colaboración en la World Wide Web. Un sitio Web 2.0 permite a los usuarios interactuar y colaborar entre sí como creadores de contenido generado por usuarios en una comunidad virtual, a diferencia de sitios web estáticos donde los usuarios se limitan a la observación pasiva de los contenidos que se han creado para ellos. Ejemplos de la Web 2.0 son las comunidades web, los servicios web, las aplicaciones Web, los servicios de red social, los servicios de alojamiento de videos, las wikis, blogs, mashups y folclonómias. Fuente: Wikipedia

millones de usuarios diarios (incremento del 7% con respecto al año anterior), lo que significa que casi el 45% de la población española mayor de 14 años accede a internet diariamente. El 60,4% de la población española mayor de 14 años accede a internet al menos una vez al mes (esto supone 23,8 millones de individuos). Más en concreto, los españoles utilizan internet para los servicios de mensajería instantánea (WhatsApp, Skype, etc.), redes sociales (Twitter, Facebook etc), Blogs, Foro de discusiones, almacenamiento de informaciones, correos electrónicos¹⁴.

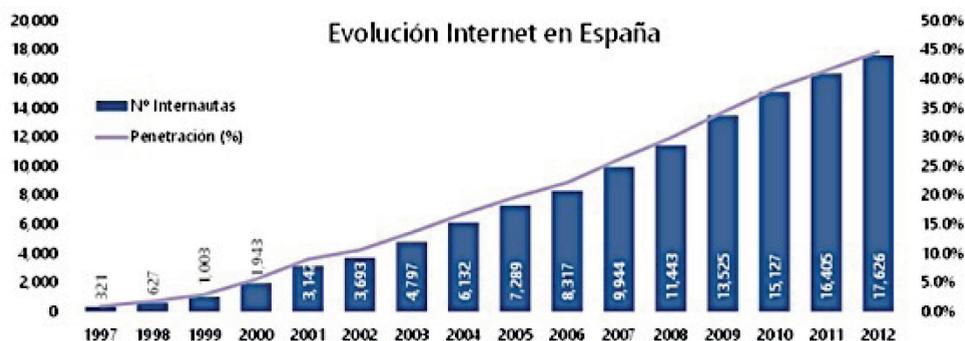


Fig. 2: Evolución Internet en España, Fuente EGM 2012. www.aimc.es

Tras estos datos resulta necesario incrementar el debate sobre la posible y futura utilización de internet de cara al estímulo que esta herramienta puede provocar en la participación democrática de los ciudadanos y en los asuntos políticos y sociales.

Según la visión líquida de la democracia es posible la creación de un Parlamento virtual donde cada persona tiene la posibilidad de decidir y realizar propuestas. Internet se convierte entonces en el instrumento moderno de ejercicio de la soberanía popular previsto en art. 2 de la CE. Reconocemos el gran avance en la relación entre las administraciones públicas, las TICs y los usuarios. La Administración electrónica en España juega un papel fundamental; “el mensaje es que la tecnología existe y está disponible, que define el sustrato de lo posible, pero que ahora lo importante es atender las demandas de los ciudadanos, que son los que en definitiva marcan el ritmo de la innovación y determinan el éxito o fracaso de los nuevos servicios”¹⁵.

La propuesta quizá más interesante reside en el traspaso del poder del actual Parlamento al Parlamento Virtual. En palabras de la plataforma democracialiquida.com:

14 AIMC2013, pág. 58 y ss.

15 Vid. AA.VV. “*Las Tic en la Administración local del futuro*”, Ariel, España, 2007, pág. 96 y ss.

“Para realizar este traspaso de poder, se ha creado el Partido de Internet. Un partido que no tiene, ni tendrá, ideología. Un partido herramienta cuyo objetivo es transferir el poder al Parlamento Virtual. El único compromiso del Partido de Internet es votar en el actual Parlamento lo mismo que voten los ciudadanos en el Parlamento Virtual. De esta manera se logra una transición lenta, no traumática, hacia el nuevo sistema de Democracia Líquida. Puesto que la transición completa durará décadas, habrá tiempo para desarrollar/mejorar la infraestructura de seguridad, corregir el modelo de Parlamento Virtual, etc.”

Aunque esta práctica pueda parecer utópica e irreal, tenemos la obligación de indicar en esta sede la experiencia italiana del “Movimento a 5 Stelle” (en adelante M5S); un “no” partido político fundado el 4 de octubre de 2009 por Beppe Grillo que adaptando este tipo de democracia ha logrado un inesperado 25,5% a la Cámara de Diputados (más un 9,67% de votos en el exterior) por un total de 8.784.499 votos y un 23,79 al Senado de la República (más un 10% de votos en el exterior) por un total de 7.375.412 votos. De esta manera el M5S se ha convertido en la primera representación política italiana (no creada gracias a una coalición de partidos) con gran peso político e institucional (108 Diputados en la Cámara de Diputados y 54 escaños en el Senado). Aun más llamativa es probablemente la manera con la que el M5S ha llegado al poder y ha tener visibilidad internacional. En línea con el método del estadounidense Howard Dean que en el año 2003 llevó la campaña electoral de las primarias para el Partido Democrático, Beppe Grillo también utilizó (en el año 2009) el Social Network Meetup¹⁶ para hacer una llamamiento a los ciudadanos italianos para que se organizaran territorialmente y tomaran las riendas de la política italiana. En este momento el M5S representa el concepto de democracia líquida: la sede del “no” partido es una página web, la adhesión al Movimiento es una sencilla registración como usuario en la misma página web, tratándose de un “no” partido sin sede legal y que realiza campañas electorales sólo y exclusivamente a través de las nuevas tecnologías, no existe financiación obligatoria de los adherentes ni tampoco recepción de dinero público (por lo contrario, los partidos políticos “clásicos” reciben financiación estatal)¹⁷.

16 Meetup es un portal de redes sociales en línea que facilita las reuniones de grupo en línea en varias localidades del mundo. Meetup permite a los miembros de encontrar grupos unidos por un interés común, como la política, libros, juegos, películas, salud, mascotas, carreras o aficiones y se unen.

17 Por precisión, con fecha 20 de mayo de 2013 la prensa italiana pública la noticia que el Gobierno ha presentado una “propuesta de ley” (Finocchiaro-Zanda) según la cual se prohíbe a todos los movimientos políticos no registrados (es decir sin personalidad jurídica y estatuto publicado en la Gaceta Oficial), presentarse a “competiciones” electorales. De esta manera el M5S por su conformación quedaría excluidos de forma tajante.

En relación con nuestra investigación, resulta interesante la metodología implantada para presentar una candidatura: previamente será necesario registrarse como usuario en el portal web del M5S. Seguidamente se establecen una serie de requisitos: a) no pertenecer a algún partido o movimiento político en el momento de presentar la candidatura, b) no haber sido condenado en sede penal (con y sin sentencia firme), c) el futuro candidato no deberá haber asumido más de un mandato electoral, d) el futuro candidato deberá tener requisitos de residencia¹⁸. La crítica mayoritaria es relativa al punto b): sobresale una clara vulneración del principio de presunción de inocencia previsto en la Constitución Italiana (art. 27.2).

Estas críticas no han impedido lograr una verdadera revolución en el sistema político italiano que en este momento se encuentra con un Parlamento dividido e inoperante. Las tres fuerzas políticas (Partido Democrático de Centro Izquierda, Partido de la Libertad de Centro derecha y “no” partido M5S) no tienen las mayorías necesarias para gobernar el país. Esto ha conllevado la creación de un “*governissimo*” (gobierno de largos acuerdos) entre los partidos que componen el centro izquierda y los que componen el centro derecha quedando de hecho al margen del poder la experiencia líquida del M5S¹⁹.

Después de obtener una victoria política en la elecciones generales italianas, es importante destacar que el M5S sufrió una importante derrota en las últimas elecciones municipales y regionales, lo que parece significar que los ciudadanos italianos han utilizado el Movimiento de Beppe Grillo como advertencia y castigo a los partidos políticos clásicos.

IV. UN EJEMPLO AUTONÓMICO: ANDALUCÍA

En ámbito autonómico hemos decidido tomar en cuenta el caso del Estatuto de Autonomía de Andalucía (en adelante *EA And*) como ejemplo innovador a la hora

Vid. entre otros: http://www.repubblica.it/politica/2013/05/20/news/ddl_finocchiaro_-_zanda_vietare_movimenti_alle_elezioni-59214602/?ref=HREA-1, http://www.corriere.it/politica/13_maggio_20/proposta-anti-movimenti_10bae510-c149-11e2-9182-3948fb309202.shtml, <http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/05/20/pd-in-senato-proposta-per-bloccare-movimenti-alle-elezioni/599868/>, <http://www.lastampa.it/2013/05/20/italia/politica/elezioni-aperte-soltanto-ai-partiti-dal-pd-una-legge-anti-movimenti-K17HU9sGOnAKOyZ-mk3cFxN/pagina.html>, [Fecha de consulta 20 de mayo 2012]

18 <http://www.beppegrillo.it/movimento/certifica-la-tua-lista.html>, [Fecha de consulta 16 de mayo 2012]

19 En este momento el Gobierno Italiano ha nombrado Enrico Letta como Jefe de Gobierno y este se ha encargado de componer un gobierno de 21 Ministros. De estos 21 Ministros un tercio representan el centro izquierda, un tercio el centro derecha (Partido de la Libertad) y el restante tercio representan el centro derecha (muy cercano al anterior Jefe de Gobierno Mario Monti).

de reconocer instrumentos de participación civil y política. Más concretamente y en palabras de la Prof^a. M^a Reyes Pérez Alberdi “el artículo 10 fija los soportes valorativos y programáticos que deben enmarcar la nueva tarea intervencionista de la Comunidad Andaluza y que pueden resumirse en a) la igualdad material; b) la paridad entre hombres y mujeres, y c) la democracia participativa. Este precepto reproduce de forma prácticamente literal el enunciado de la llamada cláusula social o de transformación recogida en el artículo 9.2 de la CE en su primer apartado” PÉREZ ALBERDI 2012, pág. 93.

Andalucía entonces se acerca directamente a la democracia participativa como exigencia social y ciudadana.

En esta línea la Junta de Andalucía ha creado una plataforma internet de participación activa de la ciudadanía. Concretamente, el “Pacto por Andalucía” (en adelante PPA) “*pretende garantizar que todo ciudadano o ciudadana pueda opinar y realizar aportaciones sin sentirse por ello objeto de amenazas o insultos. Por eso, invitamos a todas los usuarios a que se comuniquen con un lenguaje respetuoso con los demás usuarios y usuarias y con las instituciones, empresas o personas públicas que aquí participen*”²⁰.

El portal se presenta en forma de foro con diez macro temas preestablecidos donde los ciudadanos y ciudadanas pueden entrar y dejar sus propuestas:

1. Crecimiento y Empleo
2. Inclusión Social
3. Mundo rural
4. Juventud
5. Sanidad Pública
6. Educación Pública
7. Cultura
8. Igualdad de Género
9. Transparencia
10. Modelo territorial

20 Objeto del servicio (punto primero) de las condiciones de usos del portal: www.pactoporandalucia.es. Consultable en <http://www.pactoporandalucia.es/normas-de-uso/>. En ámbito autonómico existen otras experiencias de open government: País Vasco, Cataluña entre otros.

La Junta de Andalucía limita el contenido de las propuestas sólo en casos expresamente establecidos: “Una propuesta formulada incurre automáticamente en supuesto de exclusión cuando:

- Es manifiestamente inviable a todos los efectos.
- Su contenido atente contra la legislación vigente en materia de derechos fundamentales y libertades públicas, especialmente en lo concerniente al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen.
- Persiga fines ilegales o que atentan contra la moral, el orden público o cualesquiera otros bienes materiales o inmateriales patrimonio de la comunidad.
- Plantea críticas a determinada persona o institución sin aportar una alternativa constructiva al respecto.
- Su contenido no guarda ninguna relación con el bienestar o los intereses de la comunidad.
- Utiliza insultos o expresiones malsonantes o que atentan contra los buenos usos y costumbres de la comunidad.
- Se demuestra que su autor no es quien dice ser o que actúa por intereses espurios²¹.

De hecho esta nueva posibilidad es la que la misma Junta de Andalucía denomina e-Democracia y que reiteradas veces enuncia en sus actuaciones políticas. Si por un lado entonces se ha creado un portal web de más largo alcance, por el otro no hay que olvidar otros tipos de aproximaciones tecnológicas a la democracia participativa. Es el caso de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo que promueve diferentes iniciativas orientadas a impulsar la participación de la ciudadanía en la construcción de la sociedad andaluza. Este proyecto, “*Participa en Andalucía*” (en adelante Fe PEA) tiene el objetivo de procurar un espacio de comunicación directa con la administración para fomentar la participación ciudadana en todos los aspectos de la vida pública, tanto en el ámbito civil como en el político.

Según lo publicado en la misma página web, PEA sienta las bases para reconocer una auténtica posición en primera línea a los ciudadanos de sus propuestas frente a las exigencias sociales.

De hecho: “Una vez que hayas introducido tu propuesta en la web, el siguiente paso es implicar a tus vecinos invitándoles a mostrar su apoyo y a plantear sus ideas al respecto [...]. Después de que todas las personas y los organismos involucrados

21 Supuestos de exclusión (punto cuarto) de las condiciones de usos del portal: www.pactoporandalucia.es. Consultable en <http://www.pactoporandalucia.es/normas-de-uso/>

hayan mostrado su adhesión o rechazo a una propuesta planteada, el coordinador o la coordinadora comprobarán qué respaldo ha obtenido. A partir de ahí, la alcaldía estudiará su viabilidad para presentarla y votarla en el Pleno Municipal y, en caso de resultar aprobada, llevarla a la práctica²².

El que podría ser un doble delPPA es necesario verlo desde un punto de vista territorial. Si el PPA tiene un alcance regional, de toda la Comunidad Autónoma, el PEA tiene su punto de debate en las exigencias municipales.

El PEA resulta mucho más cercano y concreto con respecto al PPA tanto que este último parece recordar más un llamamiento político que una herramienta de democracia participativa. Es nuestra opinión que las exigencias y el conocimiento de la realidad de los ciudadanos andaluces es mucho más concreto a nivel municipal que a nivel regional. Sin embargo la plataforma PPA puede resultar una herramienta tecnológica útil de cara a la programación política futura.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

Hablar de democracia participativa o líquida representa un verdadero desafío en la manera de entender la democracia. Por eso antes de hablar de los posibles derechos que estas nuevas creaciones pueden otorgar a los ciudadanos es necesario, probablemente, establecer algunos compromisos que toda la sociedad (ciudadanía y política) deben asumir para que a medio y largo plazo estas dinámicas puedan dar resultados. En este sentido creemos que existen cuatro espacios de debates fundamentales:

1. Reconocimiento y apoyo a los movimientos sociales. Los grupos sociales representan una parte importante de la sociedad española. Se hacen eco de las exigencias de los individuos, viven personalmente los problemas diarios de una sociedad al borde del colapso (o en algunos sectores como por ejemplo la educación, ya colapsada). Los movimientos sociales se han convertido en representantes sociales y dentro de este colectivo deben retomar su papel las entidades que con el tiempo han perdido su sitio natural. Confirmado el hecho que la sociedad es plural, muchos podrían ser los ejemplos, aquí nos limitaremos a citar dos: a) los sindicatos de los trabajadores: la actuación de los líderes de estas entidades debe ser menos políticas y más reivindicativas de aquellos derechos que cada día se van perdiendo más. Los sindicatos en muchos casos han perdido el contacto con las exigencias de las personas que

22 Vid. <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/economiainnovacioncienciayempleo/areas/tic-telecomunicaciones/participacion/paginas/participa-andalucia.html>. [Fecha de consulta 20 de mayo de 2013]

deben representar; b) los universitarios: la Universidad es el lugar privilegiado para establecer un debate de alto nivel. Con el apoyo de la clase docente los alumnos tendrán que tomar las riendas de su futuro y de lo de la sociedad donde viven. Los estudiantes universitarios son el futuro más próximo de la sociedad española, el profesorado es el presente y tiene la obligación de facilitar un traspaso generacional que hoy en día es muy rápido.

2. El ciudadano, así como es descrito en este trabajo, deberá tener una participación personalmente desinteresada. Si hemos pasado de tener una Constitución que solamente reconocía derechos individuales a tener una norma suprema que reconoce derechos sociales y colectivos, significa que ha llegado el momento de intervenir en la sociedad sin que nuestra actuación esté guiada por un interés personal. Tendremos que lograr derechos para todos, no para nosotros individualmente. En este sentido asumen extraordinaria importancia aquellos derechos constitucionales que demasiadas veces se olvidan a favor de dinámicas capitalistas. El derecho de reunión, de asociación y de manifestación deben retomar su rol sin que se puedan limitar a arbitrariedad del poder político de turno.
3. Otorgar a España una reforma constitucional que establezca una organización territorial de naturaleza federal cooperativa (o *new federalism*. Caso de Estados Unidos y Alemania). Se trata de reconocer una interdependencia entre el Gobierno central y los Gobiernos autonómicos (ahora Gobiernos estatales) y no una rigurosa y vertical separación de los poderes. Somos conscientes que en España, probablemente, antes de conseguir un federalismo cooperativo será necesario pasar por un federalismo clásico (*dual federalism*) pero esto no impide avanzar propuestas de cara al objeto de esta investigación. En nuestra opinión es necesario un entrelazamiento de competencia entre el Gobierno central y el estatal que llegará a tomar acuerdos que se aprobarán y pondrán en marcha según la titularidad concreta de los diferentes casos. Queremos también destacar que para que la democracia participativa logre sus efectos es preciso ampliar el campo de desempeño autonómico. Resulta de extraordinaria importancia el contacto entre las entidades locales y las exigencias ciudadanas. Instrumentos como los FocusGroups o los Town Meetings no pueden desenvolver sus características sin una organización que reconozca fuertes poderes al territorio.
4. Apertura a las nuevas tecnologías y estudio del fenómeno de la democracia líquida. Las experiencias extranjeras (Vid. la italiana) demuestran que los ciudadanos son receptores privilegiados de un nuevo modelo de hacer política. A eso tiene que corresponder la voluntad por parte de la política clásica de recibir esta “*new policy*” sin esconderse por detrás del miedo al cambio.

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. “*Le radici del '68. I testifondamentali che prepararono la rivolta di una generazione*”, Baldini & Castoldi, Milano, 1998
- AA.VV. “*Las Tic en la Administración local del futuro*”, Ariel, España, 2007
- AIMC, “*Navegantes en la red, 15º encuesta Aime a usuarios de internet*”, AIMC, marzo 2013
- ALLEGRETTI Umberto, “*Democrazia partecipativa. Esperienze e prospettive in Italia e in Europa*”, Firenze University Press, Firenze, 2010
- ARES DE GIORDANO Consuelo, “*La mediación y el ciudadano: responsabilidad de las decisiones en situaciones conflictivas*” en RUBIO CARRACEDO José, ROSALES José María, TOSCANO MÉNDEZ Manuel (Directores), “*Democracia, ciudadanía y educación*”, Universidad Internacional de Andalucía, Akal, Madrid, 2009
- BARRY CLARKE, Paul, “*Ser ciudadano. Conciencia y praxis*”, Ediciones Sequitur, Madrid, 2010
- BLANCO VALDÉS Roberto Luis, “*Las conexiones políticas*”, Alianza Editorial, 2001
- BONETTO María Susana, “*Una mirada sobre el pasado reciente de las democracias en el escenario regional: continuidad del pensamiento liberal*” en BONETTO María Susana, MARTÍNEZ Fabiana (compiladoras), “*Política y desborde. Más allá de una democracia liberal*”, Libro Universitario Argentino, Argentina, 2012
- BORON Atilio, “*Socialismo del Siglo XXI. ¿Hay vida después del neoliberalismo?*” Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito, Ecuador, 2012
- “*El Postneoliberalismo: un proyecto en construcción*” en SADER Emir, GENTILI Pablo (compiladores), “*La trama del neoliberalismo. Mercados, crisis y exclusión social*”, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales, Buenos Aires, Argentina, 2003
- DONATI Daniele, “*Partecipazione come categoria. Identità e rappresentanza. Ruolo e contraddizioni delle nuove forme associative*”, en VALASTRO Alessandra (a cura di), “*Le regole della democrazia partecipativa. Itinerari per la costruzione di un método di governo*”, Jovene Editore, Napoli, 2010
- FERRI Delia, “*L’Unione europea sulla strada della democrazia partecipativa?*”, *Istituzioni del Federalismo. Rivista di studi giuridici e politici*, Anno XXXII, Fasc. 2 aprile-giugno, 2011
- GANUZA FERNÁNDEZ Ernesto, ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR Carlos, “*Ciudadanía y democracias: los presupuestos participativos*” en GANUZA FERNÁNDEZ Ernesto, ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR Carlos (coordinadores) “*Democracia y presupuestos participativos*”, Icaria, Barcelona, 2003
- GIMBEL John, “*The origins of the Marshall plan*”, Stanford University, Stanford, 1976.
- HOGAN J. Michael, “*The Marshall Plan. American, Britain and the reconstruction of Western Europe, 1947-1952*”, Cambridge University, Cambridge, 1987

- LANZONI Lisa, “Le forme della democrazia partecipativa nell’ambito della cooperazione transfrontaliera”, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, Vol. 21 Fascicoli 3-4, 2011
- LEIBHOLZ Gerhard, “Democracy, representation and the electoral issue”, *Politics and Law*, Sythoff, Leyden, 1965
- MARTÍN SÁNCHEZ María, “La prohibición del mandato imperativo en el sistema electoral español”, *Revista Justicia Electoral* Vol. I, núm. 6
- PÉREZ ALBERDI M^a Reyes, “Participación en la Comunidad Autónoma Andaluza. Reelección a partir de la nueva regulación estatutaria y práctica institucional”, *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, Vol. 2 núm. 2 julio-diciembre 2012
- PUYOL Ángel, “Los deberes del ciudadano con la humanidad”, en CAMPS Victoria, “*Democracia sin ciudadanos. La construcción de la ciudadanía en las democracias liberales*”. Editorial Trotta, Madrid, 2010
- SANCHEZ RUBIO David, SOLÓRZANO ALFARO Norman J., LUCENA CID Isabel. “*Nuevos colonialismos del capital. Propiedad intelectual, biodiversidad y derechos de los pueblos*”. Icaria Editorial, Barcelona, 2004
- SARTORI Giovanni, “*¿Qué es la democracia?*”, Tarus, 2012
- STOKES Susan, “*Patologías de la deliberación*”, en ELSTER Jon (Compilador), “*La democracia deliberativa*”, Gedisa Editorial, Barcelona, 2001
- VERBA Sidney, NIE Norman H., KIM Jae O., “*Participation and Political Equality: A Seven Nation Comparison*”, Cambridge University Press, 1987

Páginas Webs y Bibliografía en línea

El País (Diario en línea)

http://politica.elpais.com/politica/2012/12/18/actualidad/1355858180_172016.html [Fecha de consulta 19 de diciembre 2012]

Portal Web del “Movimiento 5 Stelle”

<http://www.beppegrillo.it/movimento/certifica-la-tua-lista.html>, [Fecha de consulta 16 de mayo 2012]

Participa en Andalucía <http://www.juntadeandalucia.es/organismos/economiainnovacioncienciayempleo/areas/tic-telecomunicaciones/participacion/paginas/participa-andalucia.html>.

[Fecha de consulta 20 de mayo de 2013]

La Repubblica (Diario italiano en línea)

http://www.repubblica.it/politica/2013/05/20/news/ddl_finocchiario_-_zanda_vietare_movimenti_alle_elezioni-59214602/?ref=HREA-1,

[Fecha de consulta 20 de mayo de 2013]

Corriere della Sera (Diario italiano en línea)

http://www.corriere.it/politica/13_maggio_20/proposta-anti-movimenti_10bae510-c149-11e2-9182-3948fb309202.shtml

[Fecha de consulta 20 de mayo de 2013]

IlFattoQuotidiano (Diario italiano en línea)

<http://www.ilfattoquotidiano.it/2013/05/20/pd-in-senato-proposta-per-bloccare-movimenti-alle-elezioni/599868/>

[Fecha de consulta 20 de mayo de 2013]

La Stampa (Diario italiano en línea)

<http://www.lastampa.it/2013/05/20/italia/politica/elezioni-aperte-soltanto-ai-partiti-dal-pd-una-legge-anti-movimenti-K17HU9sGOnAKOyZmk3cFxN/pagina.html>

[Fecha de consulta 20 de mayo de 2013]

BERTRÉS RAUL EDUARDO, “Modelos de federalismo e interpretación federal”, *Kairos*, *Revista de Temas Sociales*, núm. 5, <http://www.revistakairos.org/k05-07.htm> [en línea], [Fecha de consulta 24 de mayo de 2013]

Cuadros

Fig. 1: La dinámica ascendente. Elaboración propia

Fig. 2: Evolución Internet en España, Fuente EGM 2012



Título: Unidad

Técnica: Acrílico sobre lienzo

Dimensión: 60 x 50 cm

Año: 2013

REESTRUCTURACIONES COMO FENÓMENOS DE CAMBIO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN COLOMBIA*

* Flavio A. Manjarrés V. Abogado especialista en Derecho Administrativo U.P.B.; Derecho Financiero y Bursátil U.P.B.; Finanzas EAFIT; Maestría en Economía; y actualmente cursa MBA y Dirección Financiera en la Universidad Francisco de Vitoria de España. Pertenece al grupo de investigación Ratio Juris de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma Latinoamericana. Docente de posgrado en varias universidades del país.

Correo electrónico: flavio.manjarresva@unaula.edu.co

Fecha de recepción: febrero 24 de 2014

Fecha de aprobación: mayo 16 de 2014

REESTRUCTURACIONES COMO FENÓMENOS DE CAMBIO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN COLOMBIA**

Flavio Alberto Manjarrés Vargas

RESUMEN

La reestructuración es una figura jurídico-financiera mediante la cual se busca transformar, especializar, expandir servicios, consolidar y hasta rescatar entidades financieras que se encuentran en inconvenientes dentro del sector.

Para que se dé la reestructuración, siempre habrá que contar con el visto bueno de la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad vigiladora y controladora, que será la encargada de dar la correspondiente autorización, de acompañar en el proceso si se requiere, y hasta podrá servir de entidad asesora en caso de que los establecimientos financieros así lo requieran y/o soliciten.

Desde la expedición del decreto 663 de 1993 (Estatuto Orgánico del Sistema Financiero), otro ha sido el camino de la reestructuración en Colombia, teniendo en cuenta que la norma es especial para el sector, y en que en ella se señalan las clases de reestructuración dispuestas para las entidades financieras, y son ellas: adquisición, fusión, escisión, conversión, y cesión de activos, pasivos y contratos.

En estos últimos cinco años en el sector financiero se están presentando movimientos importantes mediante la reestructuración, sobre todo en conversiones, y por supuesto se esperan muchas más. Esto significa que los establecimientos financieros están en la búsqueda constante de nuevas estrategias financieras, acomodaciones, etcétera. Ello demuestra que la actividad en el sector obedece no solo a las exigencias de un sector globalizado y con afán de competencia; sino también impulsado por el crecimiento de los usuarios o clientes financieros, ello como respuesta también a la búsqueda constante de la profundización, entre otros aspectos.

Palabras clave: Reestructuración, adquisición, fusión, escisión, conversión y cesión de activos, pasivos y contratos.

RESTRUCTURATION HOW PHENOMENA OF CHANGE OF THE FINANCE ENTITIES IN COLOMBIA

ABSTRACT

The restructuring is a legal financial figure by which it seeks to transform, specialize, expand services, consolidate and rescue financial institutions that are in difficulties within the sector.

To help you get the restructuring, the company must always have the approval of the Financial Superintendence of Colombia, overseer, controlling entity that will be responsible for giving the authorization, to join in the process if required, and may even work as a financial advice entity if institutions require it and / or request it.

Since the issuance of Decree 663 of 1993 (Organic Statute of the Financial System), the way of restructuring in Colombia has improved, given that the new rules are specific for the sector, and in that they identify the kinds of restructuring arranged for financial institutions, including: acquisition, merger, conversion, and transfer of assets, liabilities and contracts.

In the last five years in the financial sector is showing significant movements through restructuring, especially in conversions, and of course many more are expected. This means that financial institutions are in constant search of new financial strategies, accommodations, and so on. This shows that activity in the sector due not only to the demands of a globalized industry and competitive zeal, but also driven by the growth of financial customers or users, as a response to the constant search for a thicker underground, between some other considerable issues.

Keywords: restructuring, acquisition, merger, conversion and transfer of assets, liabilities and contracts.

** artículo producto de investigación desarrollada por el autor sobre el sistema financiero en Colombia.

REESTRUCTURACIONES COMO FENÓMENOS DE CAMBIO DE LAS ENTIDADES FINANCIERAS EN COLOMBIA

Poco se ha escrito, pero en la práctica se ha ejercitado bastante en materia de reestructuraciones en los establecimientos financieros de nuestro país. Aunque no es una figura nueva, o recién conocida, en algunos casos se ha confundido con las reestructuraciones de las empresas del sector real, esto ha influido y hasta distorsionado la seriedad de la figura, su fortaleza, la coherencia, la claridad en las determinaciones y resultados que contempla el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF).

Pese a que el EOSF contiene su desarrollo, exigencias, y dispone las clases de reestructuración¹: como y cuando deben darse, algunas las reestructuraciones que se realizaron en el sector financiero, se hicieron con fundamento normativo dispuesto para el sector real.

Hoy en día para consolidar procesos de reestructuración en establecimientos financieros se debe ceñir a lo dispuesto por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (EOSF)², inclusive porque son determinaciones que deben contar con el permiso de

1 Fusiones y Adquisiciones en el Sector Financiero Colombiano: Análisis y Propuestas sobre la Consolidación Bancaria (1990-2006).

El sistema financiero colombiano ha experimentado una alta volatilidad durante el periodo 1990-2005, cumpliéndose todo un ciclo de recuperación-expansión sobredimensionamiento-crisis-recuperación. Durante este ciclo se pueden distinguir dichas fases de la siguiente manera: rediseño del sistema financiero y recuperación (1990-1993); expansión crediticia e interés por fusiones y adquisiciones financieras (1994-1995); sobre-dimensionamiento e inflación de activos, especialmente hipotecarios (1996-1997); crisis (1998-2002); y recuperación financiera, salvo del sistema hipotecario (2003-2005). Documento preparado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), cuyo equipo estuvo conformado por Sergio Clavijo (Director), Natalia Salazar (Sub-Directora saliente), Carlos I. Rojas (Sub-Director entrante), Camila Salamanca y Germán Montoya (Investigadores) y Camilo Rizo (Asistente de Investigación).

2 Como bien lo sostiene la doctrina más autorizada en nuestro medio, el estudio de la normatividad legal de las instituciones financieras nos ha llevado a la conclusión de que éstas tienen un régimen especial que se aplica de preferencia a las normas generales que regulan la formación, el funcionamiento, y la liquidación de las distintas formas jurídicas que pueden adoptar, vale decir, de las sociedades comerciales o de las sociedades cooperativas.

(...).

En este orden de ideas postulamos la teoría de los 'estatutos especiales' cuyo enunciado puede consistir en que las instituciones financieras son empresarios sometidos preferentemente a un régimen particular previsto para ellas en la legislación bancaria y, en defecto de norma imperativa especial, por el régimen común consagrado en la ley de sociedades comerciales o en la de sociedades cooperativas, según se trate, y en las leyes

la Superintendencia Financiera de Colombia, organismo encargado de la vigilancia y el control de las referidas instituciones en el país.

La idea con la figura de la reestructuración es poder buscar la reacomodación de los establecimientos financieros, su replanteamiento, redimensionamiento, fortalecimiento, e inclusive búsqueda de “recuperación” en la actividad financiera, aunque no necesariamente³.

También podría ser la oportunidad para que la entidad financiera no desapareciera (por lo cual se deben tener en cuenta indicadores que permitan inferir situaciones de deterioro financiero)⁴, esto tratando de recuperar la entidad en procura de su

que regulan la profesión de los comerciantes’ (Néstor Humberto Martínez Neira, ‘Sistemas Financieros’, Biblioteca Felabán, Bogotá, 1994, págs. 247 y 248).

Sobre el mismo punto, señala dicho autor que ‘dado el carácter especial del derecho financiero, no puede decirse que su fuente primigenia es la legislación en general. Por antonomasia la forma especial del mismo es la legislación financiera; esto es, las normas jurídicas que se ocupan del ámbito propio del derecho financiero. Así siguiendo la definición que hemos propuesto para esta rama del derecho, toda norma que gobierne la formación, el funcionamiento, la actividad y la liquidación ordenada de las instituciones financieras, así como la intervención, regulación y fiscalización estatal sobre la actividad de aquéllas pertenece a la categoría de legislación financiera’ (op. Cit. Pág. 40).

En ese escenario, es claro entonces que la aplicación de las normas generales de la legislación mercantil a las entidades vigiladas por esta agencia estatal procede sólo de forma supletiva, esto es, a falta de norma especial.

- 3 Así, esta nueva fase de fusiones y adquisiciones financieras todavía tiene que enfrentar una doble incertidumbre en el futuro inmediato: la primera incertidumbre está relacionada con el momento en el cual se logrará (nuevamente) que la profundización financiera “entre en fase” con el ciclo de recuperación económica; y, la segunda incertidumbre tiene que ver con el momento en el cual se desmontarán esos elementos de represión financiera que todavía pesan sobre el sector. Si se logran superar estos dos nubarrones que oscurecen las perspectivas del sector, creemos que la consolidación del negocio financiero y de la supervisión-regulación de forma unificada permitiría ponernos a tono con los desafíos de la globalización a nivel regional de América Latina y respecto al Acuerdo de Libre Comercio con los Estados Unidos y, a futuro, con el que se debe buscar con Europa. Fusiones y Adquisiciones en el Sector Financiero Colombiano: Análisis y Propuestas sobre la Consolidación Bancaria (1990-2006) Documento preparado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), cuyo equipo estuvo conformado por Sergio Clavijo (Director), Natalia Salazar (Sub-Directora saliente), Carlos I. Rojas (Sub-Director entrante), Camila Salamanca y Germán Montoya (Investigadores) y Camilo Rizo (Asistente de Investigación).

- 4 Artículo 2.1.5.1.2 Relación de indicadores.

Los indicadores que permiten inferir la situación de deterioro financiero son:

2.1 Indicador de solvencia:

Comportamiento de la relación de solvencia. Cuando un establecimiento de crédito presente, en tres (3) meses consecutivos, defectos en la relación de solvencia, la cual se define en los términos del Capítulo I del Título 1 del presente Libro, tal institución financiera deberá ejecutar un programa de recuperación, de acuerdo con los términos indicados en este Título. Sin embargo, la Superintendencia Financiera de Colombia podrá ordenar la iniciación del procedimiento previsto en el artículo 2.1.5.1.5 y, en consecuencia será obligatoria la ejecución del programa de recuperación, si el defecto se presenta en dos (2) meses consecutivos.

2.2 Indicador de liquidez:

restablecimiento⁵, porque inclusive podría ser un preámbulo a la liquidación⁶, aunque no siempre.

La norma es clara en cuanto describe las situaciones para llevar a cabo la aplicación de la reestructuración en los establecimientos financieros, la que no se debe aplicar arbitrariamente por la entidad, ya que muchas de esas determinaciones en nuestro sistema financiero se hicieron con desorden, sospechosamente, improvisadamente, e inclusive sin autorización de la Superintendencia Bancaria en ese entonces.

Podríamos definir que la reestructuración en las empresas financieras se presenta como una reforma en el contrato de constitución de la sociedad, mediante la cual se otorga dicha facultad por parte de la junta de accionistas para que se asuma una

Incumplimiento del requerimiento legal del encaje. Cuando en dos oportunidades consecutivas, o en tres oportunidades dentro un plazo de tres (3) meses, un establecimiento de crédito presente defectos en los promedios diarios en la posición bisemanal de encaje que está obligado a mantener, según las disposiciones dictadas por la Junta Directiva del Banco de la República, tal establecimiento de crédito deberá ejecutar un programa de recuperación de acuerdo con los términos indicados en este Título.

2.3 Indicador de gestión:

Calificación de Gestión. Para los exclusivos fines de este decreto la calificación de la gestión desarrollada por un establecimiento de crédito se efectuará a partir de la identificación de prácticas de gestión que pongan en peligro su situación de solvencia o liquidez. La Superintendencia Financiera de Colombia, en uso de las facultades de supervisión, prevención y sanción que le otorga el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, especialmente los numerales 4 y 5 del artículo 326, identificará las prácticas ilegales, no autorizadas o inseguras que darán lugar a que la respectiva entidad deba ejecutar un programa de recuperación, de acuerdo con los términos indicados en este Título. Decreto Único 2555 de 2010.

5 Artículo 2.1.5.1.3 Programa de Recuperación.

Para los efectos de este Título se define como programa de recuperación la medida adoptada por la Superintendencia Financiera de Colombia encaminada a evitar que el respectivo establecimiento de crédito incurra en causal de toma de posesión o para subsanarla. Tal medida puede consistir, además de las previstas en el artículo 113 del Estatuto

Orgánico del Sistema Financiero, en:

a) Capitalizaciones; b) Reducciones forzosas de capital a una cifra no inferior al valor del patrimonio neto; c) Colocación obligatoria de acciones sin sujeción al derecho de preferencia; d) Venta forzosa, cesión o cualquier otra enajenación de activos, sean productivos o improductivos; e) Castigo de cartera; f) Constitución de provisiones; g) Prohibición de distribuir utilidades; h) Creación de mecanismos temporales de administración con o sin personería jurídica; i) Adopción de programas concretos para mejorar la recuperación de activos; j) Recomposición de pasivos; k) Redimensionamiento de la actividad crediticia, o de la estructura operativa o administrativa; l) Remoción de administradores, y m) En general, cualquier otra medida orientada a producir cambios institucionales para prevenir futuros deterioros financieros y mejorar la eficiencia y eficacia de la gestión del respectivo establecimiento de crédito. Decreto Único 2555 de 2010.

6 Medidas preventivas:

Vigilancia especial. Recapitalización. Administración fiduciaria. Cesión total o parcial de pasivos, activos y contratos.

Fusión. Art. 113 EOSF.

nueva naturaleza jurídica, ya sea cambiando de objeto o razón social, o simplemente buscando su redimensionamiento como entidad: en estructura, tamaño, etcétera, o inspeccionando su especialización para prestar servicios financieros, y así consolidar su acomodamiento en un entorno competitivo en que deben desenvolverse dichas entidades en el sistema financiero.

La primera vez que se autorizó la transformación de establecimientos financieros en nuestro país fue en 1.993, cuando masivamente la Superbancaria determinó la Conversión⁷⁷ de todas Corporaciones de Ahorro y Vivienda en Bancos con diversas especialidades, pero por sobre todo, como especialistas en crédito hipotecario.

Vale la pena señalar algunas reestructuraciones consolidadas en nuestro sistema financiero:

BIC-Banco de Colombia (1997) Fusión.

Banco Cafetero – Concasa (1998) Fusión.

Banco Colpatria – Colpatria – Corpavi (1996 – 1998) Fusión.

Las Villas – Ahorramás (1999) Fusión.

BCH – Granahorrar (2000) Cesión activos, pasivos y contratos.

Bancolombia-Conavi-Corfinsura (2005) Fusión.

Banco Caja Social – Colmena (2005) Fusión.

Davienda – Banco Superior (2005) Fusión.

BBVA – Granahorrar (2005) Adquisición.

General Electric Money – Banco Colpatria (2007) Fusión.

COOMEVA Cooperativa Financiera – Banco Coomeva (2010) Fusión.

Finandina Compañía de Financiamiento – Banco Finandina (2011) Conversión.

7 Como lo mencionamos, la desaparición de las CAV permitió una mayor integración de la estructura bancaria durante el periodo 1999-2005. Las fusiones recientes de los bancos comerciales, actuando a manera de “Pac-Man” sobre las entidades hipotecarias (BECH), acentuaron el proceso de consolidación de los servicios financieros en cabeza de los bancos comerciales. Documento preparado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), cuyo equipo estuvo conformado por Sergio Clavijo (Director), Natalia Salazar (Sub-Directora saliente), Carlos I. Rojas (Sub-Director entrante), Camila Salamanca y Germán Montoya (Investigadores) y Camilo Rizo (Asistente de Investigación).

Inversora Pichincha Compañía de Financiamiento – Banco Pichincha (2011) Conversión⁸.

COOPCENTRAL - BANCO COOPERATIVO COOPCENTRAL (2102) Conversión.

CONFINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO - BANCO DAVIVIENDA S.A. (2012) Fusión.

Scotiabank - Colpatria (2013) Fusión y Adquisición.

De las reestructuraciones mencionadas unas fueron exitosas, otras no tanto, pero las últimas han revestido de mucha más seriedad porque sus procesos se respaldaron en estudios técnicos, examinando además el presente y futuro del ambiente financiero, para concretar así la búsqueda del verdadero objetivo en el sector.

CLASES DE REESTRUCTURACIONES SEGÚN EL ESTATUTO ORGÁNICO DEL SISTEMA FINANCIERO

El EOSF determina las clases de reestructuraciones que se pueden realizar en nuestro sector financiero:

FUSIONES. Art. 60 EOSF.

ADQUISICIONES. Art. 63 EOSF.

CONVERSIONES. Art. 66 EOSF.

ESCISIONES. Art. 67 EOSF.

CESIÓN DE ACTIVOS, PASIVOS Y CONTRATOS. Art. 68 EOSF.

Cada una de estas figuras dispone la estrategia financiera a seguir o a desarrollar por los establecimientos que se sienten atraídos bien sea por fortalecerse, especializarse o consolidarse en el sector, con la excepción por supuesto de aquellas que son intervenidas. Estrategias válidas, por supuesto tipificadas en nuestro Estatuto,

8 Desde el punto de vista del sector financiero, los años noventa se habían iniciado con una reforma profunda y sustancial en este sector. Esto, unido al auge económico de la época, desembocó en cambios y movimientos importantes en su estructura. Por una parte, la liberación financiera produjo un incremento significativo en el número de entidades bancarias, tanto nacionales como extranjeras. Segundo, la privatización de entidades, que habían quedado en manos del Fogafin desde la crisis de los años ochenta, permitió que la banca privada retomara una participación importante dentro de la actividad bancaria. Tercero, a partir de 1994-95 se produjeron las primeras fusiones importantes. Documento preparado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), cuyo equipo estuvo conformado por Sergio Clavijo (Director), Natalia Salazar (Sub-Directora saliente), Carlos I. Rojas (Sub-Director entrante), Camila Salamanca y Germán Montoya (Investigadores) y Camilo Rizo (Asistente de Investigación).

y que difieren ostensiblemente de las del sector real, con las que por ningún motivo se pueden confundir.

Antes de examinar cada una de las clases de reestructuración en nuestro sistema financiero, se deben tener en cuenta que en el sector real solo se presentan: la adquisición, la fusión y la escisión, no la conversión, ni la cesión de activos pasivos y contratos.

Tanto en la adquisición y en la fusión del sector real, se muestran tres situaciones que no se deben confundir con las figuras que se desarrollan en el sector financiero:

- i) No se requiere autorización de la Superintendencia de Sociedades, (con la excepción de las que están inscritas y realizan emisiones en el Mercado de Valores);
- ii) Pueden hacerlo para configurar monopolios absorbiendo a la otra empresa;
- iii) y no requieren de la determinación que tomen sus juntas directivas.

En la fusión del sector real se encuentra inclusive la absurda posibilidad de que las dos empresas desarrollen sus objetos sociales, en otras palabras dualidad operativa; y hasta la maquiavélica situación de que la absorbida sea la competencia, para simplemente sacarla del mercado⁹.

La escisión del sector real generalmente se plantea, si la empresa marcha mal, con la posibilidad de que la entidad escindida desaparezca jurídicamente, y ni siquiera asuma las obligaciones contraídas.

En materia financiera se presentan las reestructuraciones de la siguiente manera:

FUSIÓN

Se despliega mediante una reforma estatutaria representativa del derecho de las sociedades con la cual un establecimiento del sector absorbe financiera y jurídi-

9 Tradicionalmente, las consideraciones competitivas no son muy tenidas en cuenta en el sector financiero. En algunos países desarrollados, incluidos los Estados Unidos, el sector bancario no ha tenido un control estricto sobre las políticas antimonopolio. En algunos casos, los procesos de fusiones solo requieren la aprobación del ente financiero regulador, pero no de la autoridad antitrust. Esto se puede explicar por el interés que existe sobre la estabilidad del sistema como principal objetivo de las autoridades. En el pasado, el poder de mercado era visto como un mecanismo mediante el cual se podía incrementar el valor de las firmas financieras, lo cual, a su vez, podía ser visto como un impedimento para que se tomarán posiciones más riesgosas por parte de los intermediarios financieros. Recientemente, la importancia sobre la vigilancia de la competencia ha incrementado su importancia para los entes reguladores, al establecer estableciendo políticas antimonopolio para aplicarlas durante los procesos de fusiones. Algunos países, como Australia, Canadá, Italia y Suiza, han aprobado procesos de fusiones pero teniendo en cuenta condiciones que eviten un detrimento sobre la competencia. Análisis de las fusiones en el mercado bancario colombiano. Dairo Estrada.

camente el patrimonio de otra u otras. Se podría, inclusive, definir como la suma o agregación de dos o más entidades financieras en una, buscando consolidación, posicionamiento, experiencia y hasta fortalecimiento en el sector financiero¹⁰.

Es obligatorio que toda entidad financiera que desee realizar esta clase de transformación¹¹ dé aviso a la Superfinanciera, para que sea esa entidad quien autorice tal determinación, por supuesto se trata del órgano vigilante y controlador del sector. Eso sí, actuará siempre con la firme intención de defender los intereses de los acreedores, clientes, inversionistas del establecimiento que será absorbido¹² en el proceso, y además será la entidad que da seguridad¹³ al sector financiero.

Las entidades absorbidas por ministerio de la ley por ese hecho quedan disueltas, y no tienen necesidad de liquidar su patrimonio, ahora en cabeza de la sociedad absorbente. Ejemplo: Ahorramás a las Villas (2000).

La realidad además nos ha demostrado que muchos establecimientos financieros que han determinado esta clase de reestructuración demoran en conseguir su nueva estructura o reacomodación para seguir funcionando en el sector (inclusive en el proceso de fusión Bancolombia- Conavi- Corfinsura)¹⁴; además por la resistencia

10 Artículo 55. aspectos generales de la Fusión.

1. Campo de aplicación. La fusión de entidades financieras o aseguradoras vigiladas por la Superintendencia Bancaria se regirá por las normas especiales contenidas en este capítulo. EOSF.

11 Como veremos, en materia de consolidación del sector financiero lo que se viene presentando es un renovado interés por fusionar y adquirir entidades que proporcionen nuevas sinergias a través de los mercados financieros diversificados. Este proceso de consolidación contrasta positivamente con lo ocurrido durante el periodo 1994-1997, cuando lo que se observó fueron “fusiones gemelas”. Este tipo de fusiones ayudó a diversificar regionalmente o por estrato la cartera bancaria, pero no de forma sustantiva a diversificar el tipo de cartera por actividad económica de origen; se trató en ese entonces de fusiones extensivas de la actividad ya vigente, mientras que las “fusiones complementarias” del periodo 2003-2005 han tenido la virtud de lograr esa expansión y diversificación de origen del lado activo del balance. Análisis de las fusiones en el mercado bancario colombiano. Dairo Estrada.

12 Artículo 56. Aviso a la Superintendencia Bancaria.

1. Oportunidad del aviso. Los representantes legales de las entidades interesadas deberán dar aviso de fusión a la Superintendencia Bancaria. Este aviso se efectuará, si ya se ha aprobado el compromiso por las respectivas asambleas, dentro de los diez (10) días siguientes a su aprobación; sin embargo, podrá efectuarse anticipadamente, expresando la intención de fusión, con no menos de tres (3) meses de antelación a la reunión de los órganos correspondientes. EOSF.

13 Artículo 58. EOSF.

14 Se observa que este proceso de fusiones ha representado un cambio importante en la mezcla de la cartera y, de hecho, el sector financiero atraviesa por uno de sus momentos de mayor dinamismo y competencia en su interior, con claros beneficios para el consumidor bancario. Por ejemplo, la tasa promedio ponderada de todos los créditos se ha reducido de niveles históricos del 12% real al finalizar los años noventa a cerca de 8% real en la actualidad. Este proceso se ha acentuado y seguirá acentuándose dados los más recientes anuncios de fusiones que afectan ya a más del 60% de los activos bancarios. Lo que se observa es que las

que puedan tomar algunos de los accionistas minoritarios con dicha determinación. Incluso se da la misma experiencia a nivel internacional¹⁵.

Mediante esta transformación habrá necesariamente reformas estatutarias, como fenómeno jurídico complejo, que contendrán al menos aspectos como:

- Acuerdo de fusión.
- Publicidad del acuerdo.
- Etapa de objeciones.
- Autorización.
- Formalización.

Existen dos tipos de convocatorias a los accionistas para tomar la decisión sobre la transformación de los establecimientos financieros, uno con aviso anticipado: que deberá hacerse de manera ordinaria, es decir, antes de la decisión de las asambleas de accionistas. Y en la cual, al menos se deben tener en cuenta:

- Evaluación de las empresas y relación de intercambio (EOSF 62).
- Aviso de intención de fusión (EOSF 56).
- Aviso a accionistas y convocatoria de asambleas EOSF 57).

La otra convocatoria sin aviso anticipado, es decir de manera extraordinaria, con posterioridad a la decisión de las asambleas de accionistas, y en la cual necesariamente habrá que hacerla dando a conocer las intenciones de dicha convocatoria:

entidades buscan tener un mayor tamaño para multiplicar los servicios ofrecidos, a un menor costo, y con una mejor diversificación del riesgo crediticio. Por ejemplo, la nueva distribución de la cartera, tras la fusión Bancolombia- Conavi - Corfinsura, ha permitido que dicho banco ofrezca crédito comercial, de consumo y vivienda en proporciones 73%, 15%, y 11%. Documento preparado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), cuyo equipo estuvo conformado por Sergio Clavijo (Director), Natalia Salazar (Sub-Directora saliente), Carlos I. Rojas (Sub-Director entrante), Camila Salamanca y Germán Montoya (Investigadores) y Camilo Rizo (Asistente de Investigación).

- 15 Las fusiones y adquisiciones han cambiado significativamente durante los últimos años. En los Estados Unidos durante el período 1980-2003, el número de bancos ha caído de 16.000 a 8.000, aproximadamente. Esta caída ha producido un proceso de consolidación que incorpora procesos de fusiones para el saneamiento de algunas entidades participantes en el mercado.

El proceso de consolidación se explica, fundamentalmente, por el impacto de la tecnología y la integración geográfica. Durante el período 1994-2003 se presentaron 3.517 fusiones. El punto cumbre de las fusiones fue el año 1998, un año histórico para las fusiones en los Estados Unidos. Se completaron 493 fusiones, que comprometieron cerca del 14% de los activos, depósitos y oficinas del sistema financiero (Cuadro 1). Durante el período 1985-1997, en la Unión Europea, el número de instituciones de crédito ha caído de 12.256 a 9.285. Análisis de las fusiones en el mercado bancario colombiano. Dairo Estrada.

- Acuerdo de fusión.
- Aviso a la SF del acuerdo.
- Término para objetar de la SF.
- Notificación a terceros.
- Formalización de la fusión.
- Publicidad adicional de la formalización.
- Información a la SF.

Puede surgir que en estas fusiones se decida sobre la desaparición o no de las marcas absorbidas, en donde si se toma la decisión de la desaparición por mayoría en la junta de accionistas, significa que hay absorción plena. Ejemplo: Bancolombia-Conavi-Corfinura todas absorbidas por la marca Bancolombia, para consolidar una sola imagen en el sector financiero.

Mientras en el evento en que no se autorice su desaparición o desapariciones, podrán coexistir funcionando como marcas absorbidas a la marca principal, eso sí, desplegando actividad una sola razón social, y no de manera independiente, como sucede en el sector real. Ejemplo: Fusión Banco Caja Social- Colmena-BCSC; Colpatria-GE.

Podría definirse que en estos ejemplos cada una de las marcas se resisten a esfumarse por estrategia no solo financiera, sino de mercadeo: ...posicionar una marca a través del tiempo cuesta mucho¹⁶.

16 En este contexto, resulta necesario profundizar en el análisis de la competencia y el efecto de las fusiones en torno a las siguientes líneas:

1. La identificación de mercados relevantes.
2. Partiendo del hecho de que la competencia hace referencia al comportamiento de los precios de las empresas en un mercado determinado, Cetorelli (1999) señala que al analizar el impacto de la concentración sobre los precios se deben tener en cuenta dos factores: la existencia de fuentes alternativas de financiación y el grado de contestabilidad de los mercados o facilidad de los competidores potenciales de entrar en el mercado, factores que contribuyen a disminuir el impacto potencial de la concentración como producto de las fusiones.
3. Relación integración financiera-competencia. Las fusiones y adquisiciones provocan la integración financiera no solamente a nivel nacional sino a nivel internacional con los tratados de libre comercio y la incorporación de la banca electrónica que evitan los requerimientos de proximidad geográfica entre clientes y bancos.
4. Determinantes del poder de mercado. A pesar de que en este trabajo se aborda la estructura del mercado bancario colombiano, es necesario completar el estudio con factores más directamente relacionados con el poder de mercado, así como variables que representen la especialización, la forma institucional, el entorno regulatorio con relación a la competencia y las barreras de entrada a nivel local y nacional para explicar dicho poder de mercado. Documento preparado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), cuyo equipo estuvo conformado por Sergio Clavijo (Director), Natalia Salazar (Sub-Directora saliente),

ADQUISICIÓN

Se presenta con una reforma estatutaria típica del derecho de las sociedades por virtud de la cual una entidad absorbe financiera y jurídicamente el patrimonio de otra u otras, quienes por ministerio de la ley por este hecho quedan disueltas, sin necesidad de liquidar su patrimonio, ahora en cabeza de la sociedad absorbente. Ejemplo: Ahorramas a Las Villas (2000); BBVA a Granahorrar (2005); Banco Davivienda a Bancafé (2007).

En otras palabras, la adquisición es una compra de un establecimiento financiero por otro. Generalmente cuando se habla de adquisiciones son las entidades más fuertes financieramente las que pueden adquirir a otra u otras de menor dimensión, desde luego con algunas excepciones.

La entidad adquirente es quien impondrá las condiciones y desde luego la adquirida desaparecerá jurídicamente del panorama financiero; imagen, consolidación y hasta prestigio, no volverán a restaurarse por parte de la entidad desaparecida.

Aquí, como en las demás figuras de la reestructuración, las entidades financieras deben contar con la autorización de la Superfinanciera, quien otorgará el respectivo aval para permitir que se desarrolle tal estrategia.

Hay aspectos que por supuesto podrían generar inconvenientes respecto a las decisiones de las juntas directivas, sobre todo la de la entidad que será la absorbida, la posición de los accionistas que pretenden que su entidad siga en la actividad financiera, y quienes indiscutiblemente tienen la opción de vender sus derechos accionarios representados en los respectivos valores.

En nuestro país esta clase de sucesos generalmente se ha dado en entidades que han sido oficializadas; o públicas que están en procesos de liquidación, donde aparece “oportunamente” la entidad adquirente; o entidades de muy poca dimensión en nuestro panorama financiero. Ejemplos: Granahorrar por BBVA¹⁷ (2005) en el

Carlos I. Rojas (Sub-Director entrante), Camila Salamanca y Germán Montoya (Investigadores) y Camilo Rizo (Asistente de Investigación).

17 BBVA compra el banco hipotecario colombiano Granahorrar .El banco español BBVA ha comprado por 348 millones de euros el banco colombiano Granahorrar, una firma centrada fundamentalmente en el sector hipotecario. La entidad financiera que preside Francisco González competía con otras tres firmas por hacerse con el control en subasta pública de este banco, el primero que vende el Estado en esta segunda fase de privatizaciones iniciada por el Gobierno de Uribe. El Fondo de Garantías de Instituciones Financieras (Fogafin) de Colombia ha anunciado hoy el triunfo del BBVA, banco que ha ofrecido por el 100% de Granahorrar 970.000 millones de pesos colombianos (348 millones de euros), un 120% más que el precio base establecido, 438.000 pesos (158,5 millones de euros). El BBVA explica en un comunicado esta adquisición

primer caso; Bancafé por Banco Davivienda¹⁸ (2007) en el segundo; y en último Banistmo por HSBC (2005)¹⁹.

cumple con las dos premisas básicas de la estrategia de crecimiento rentable del banco: crea valor para los accionistas desde el primer día y tiene pleno sentido estratégico. *América Económica*. 31 de octubre de 2005.

- 18 El jueves, Davivienda se adjudicó la subasta de Bancafé con una oferta de 2,21bn de pesos (US\$937mn), superando a Banco de Bogotá, el segundo más grande del país, el cual presentó una oferta de 1,88bn de pesos. Alrededor de US\$75mn de la capitalización serán provistos por la Corporación Financiera Internacional (CFI), que tiene una participación de 4,2% en Davivienda.

La adquisición por parte de Davivienda sorprendió al analista local Édgar Jiménez, de la corredora Promotora Bursátil de Colombia, quien señaló que se esperaba que Banco de Bogotá fuera más agresivo dada la envergadura de Bancafé. Además, Davivienda había terminado la compra de una participación de 97,9% en el también colombiano Bansuperior hace solo cuatro meses por 450.000mn de pesos, sostuvo. A fines de agosto, Bancafé poseía una participación de mercado de 4,90% -o 4,03bn de pesos- en términos de créditos, unos 1,5 millones de clientes y una red de 236 sucursales. Con la compra, Davivienda se convierte en el tercer banco más grande de Colombia en términos de activos con 16,8bn de pesos y avanza al primer lugar en créditos de consumo e hipotecarios con participaciones de 26,3% y 17,5%, respectivamente. Analistas locales han especulado que Grupo Bolívar, quinto mayor conglomerado económico de Colombia y propietario de Davivienda, vendería parte de su participación en el banco. Los posibles candidatos serían HSBC (NYSE: HBC) y Citigroup (NYSE: C). HSBC ha desembolsado cerca de US\$2.000mn este año en la compra de bancos en Argentina, Paraguay y al panameño Grupo Banistmo, con lo cual obtuvo un punto de apoyo en Colombia. Un vocero de Citibank Colombia declinó hacer comentarios al ser contactado por BNamericas. Los más beneficiados serán el gobierno, puesto que vendió Bancafé a un precio muy superior a lo esperado, y quien compre Davivienda, ya que comprará tres bancos en uno, dijo a BNamericas Andrés Jiménez, analista de la corredora Invercol.

El fondo local de seguro de depósitos Fogafin había establecido el precio mínimo por Bancafé en 1,10bn de pesos, o 1,63 veces su valor libro. Davivienda explicó que pretende completar la fusión con Bancafé dentro de un año. Con la compra, Davivienda casi duplicará su presencia en Colombia llegando a 520 sucursales y 1.186 cajeros automáticos y prestará servicios a 4 millones de clientes. *Revista Banca*. 13 de octubre de 2006.

- 19 “La compra de Banistmo se dio porque es un grupo líder en el aspecto financiero y bancario en Centroamérica y Panamá. Tiene operaciones en Colombia y en otros países de la región, lo que nos dará la posibilidad de tener presencia amplia en los países que la conforman. Aunque el Hsbcy tiene un pie en Colombia, como se dice en el argot popular, falta el visto bueno de la Superintendencia Financiera, no se descarta que pueda interesarse en participar en la puja por el Bancafé, algo que Caple prefirió no comentar por el momento. Pero ellos están pensando más allá con este negocio, pues creen que la firma del Tratado de Libre Comercio en Centroamérica proporcionará un mercado mucho más amplio para ofrecer sus productos y servicios y, por esta vía, crecer rápido. Caple agregó que con Banistmo se les permitirá entrar a Colombia un país de 42 millones de habitantes, donde existe una buena parte de la población sin explotar, pues no están bancarizados. “Al comprar Banistmo tendremos una buena presencia regional desde México hasta Argentina”, dijo. La operación La adquisición se realizará mediante una oferta pública accionaria, para adquirir las acciones circulantes de Banistmo. Cabe recordar que la principal zona de operaciones de Grupo Banistmo ha sido Panamá, pero también tiene presencia significativa en la región centroamericana, donde Hsbcy todavía no opera, lo cual provee a este banco de una plataforma significativa de crecimiento a futuro. Bajo los términos del acuerdo, los accionistas de Banistmo tendrán derecho a recibir 52,63 dólares por cada acción del Grupo Banistmo. La oferta propuesta ha sido aprobada y recomendada por la Junta Directiva de Grupo Banistmo. Esta transacción está sujeta a ciertas condiciones, como la aprobación por parte de las autoridades correspondientes, y un mínimo de 65 por ciento de las acciones de Grupo Banistmo por las que se hace la oferta pública. Cabe recordar que Banistmo es propietario del 99,39 por ciento del banco líder en Panamá, Primer Banco del Istmo (Banistmo) con 42 sucursales. El grupo también es propietario de la Compañía Nacional de Seguros (Conase) una de las más importantes de ese país. De igual manera, el grupo tiene presencia en

La consolidación de las mencionadas reestructuraciones no han sido fáciles, cada una con inconvenientes de diversa índole, donde necesariamente, se han tenido que hacer verdaderamente importantes esfuerzos en materia de ingeniería financiera para evitar que los inconvenientes que no eran conocidos en la absorbida, vayan a afectar la estabilidad de la entidad absorbente, y por tanto la estrategia (debido muchas veces al desorden, información vaga o difusa, ocultamientos o maquillajes sobre el real estado de la entidad), mantener la entidad absorbente y restaurar una cantidad de inconvenientes presentados por muchas causas: improvisación, apresuramiento, etcétera.

CONVERSIÓN

Consiste en la transformación que un establecimiento financiero tiene a través de un cambio de actividad, después de haber trasegado en ella por algún tiempo. El mismo sector financiero le da respuesta para que el establecimiento se vaya especializando, o desarrolle su estrategia financiera según las necesidades, el mercado, y en algunas situaciones, le irán indicando el tipo de actividad.

En otras palabras, son aquellas reformas estatutarias que surgen en virtud de las modificaciones a la empresa u objeto social, eso, previa autorización del Estado. Es decir, siempre la entidad deberá hacerle la petición a la Superintendencia Financiera de Colombia, para que ella autorice que una institución puede cambiar de actividad financiera y, por tanto, el régimen legal que la vincula. Ejemplo: CAV Davivienda en Banco Davivienda (1997).

En materia de conversión solo se aplica el EOSF, pues de la lectura del numeral 1° del artículo 66 se concluye que ella solo se predica respecto de los establecimientos de crédito (los cuales constituyen una de las clases de instituciones financieras) y no de cualquier otra clase de entidad (como las sociedades mercantiles); ello en tanto se posibilita el cambio únicamente entre especies de esta clase de organismos (ejemplo: de Banco a Corporación Financiera y viceversa) sin que ello implique cambio en su naturaleza civil, comercial o cooperativa y por ende, cambio en el

Centroamérica, con una gama completa de servicios bancarios personales y comerciales que ofrecen mediante 106 sucursales en Costa Rica, Honduras, Colombia y Nicaragua. En febrero de 2006, adquirió el 56 por ciento de Inversiones Financieras Bancosal, S.A., matriz del Banco Salvadoreño, que opera a través de 72 sucursales en El Salvador. A 31 de diciembre de 2005, los activos de grupo alcanzaron los 6.970 millones de dólares y capital contable de 695 millones de dólares. Su utilidad neta después de impuestos fue de 115 millones de dólares en 2005. Según las partes consultadas se espera que en un futuro la mayoría de las operaciones de Banistmo adopte la marca Hsbc. Consolidación El gerente General del Grupo Hsbc, Sandy Flockhart, comentó que “estamos complacidos de haber llegado a Colombia. Diario de la República. Junio de 2005.

tipo de societario adoptado (de sociedad limitada a anónima) tal como sucede con la transformación societaria regulada en el Código de Comercio.

Como fenómenos jurídicos podemos destacar dos características esenciales:

- Son reformas estatutarias en la medida en que implican modificación del objeto pactado en el contrato; no por ello sufren mutación alguna sus derechos ni sus obligaciones.
- Requieren autorización previa del Estado (EOSF, art. 71 num.2º), en ejercicio del control de legalidad. La Superfinanciera puede conferirla cuando se cerciora que está apegado a la legalidad:

i) Reforma con sujeción a los requisitos y formalidades exigidos; ii) No vulnera el orden jurídico. Iii) En la operación no participan personas condenadas por delitos contra el orden económico o delitos financieros. iiii) Cuenta con el capital exigido.

Recientemente se han presentado algunas conversiones interesantes en nuestro país. Pero antes hay que considerar que la Ley 1328 de 2009 dispuso normativamente las siguientes:

1. Las de las Compañías de Financiamiento Comercial a Compañías de Financiamiento²⁰, pasando de ser Entidades de servicios financieros a Establecimientos de Crédito²¹.
2. La de las Casas de Cambio a Sociedades de intermediación Cambiaria y Servicios Financieros Especiales²², que entran a conformar del segundo bloque²³ de las denominadas Entidades de Servicios Financieros o Auxiliares de Crédito.

Indiscutiblemente este tipo de Conversión es de tipo legal, pues la norma determina e impone la modalidad de reestructuración. Además se podría considerar como una

20 Artículo 25. Compañías de financiamiento. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, las compañías de financiamiento comercial pasarán a denominarse “Compañías de Financiamiento” Y todas las disposiciones vigentes referidas a aquéllas, incluidas las previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, se entenderán referidas a éstas. Ley 1328 de 2009. Reforma Financiera.

21 Artículos 1 y 2 del EOSF.

22 Artículo 34. Modificación de la naturaleza y denominación de las casas de cambio. Autorización de nuevas operaciones. Tres meses después de la entrada en vigencia de esta ley las casas de cambio se denominarán “sociedades de intermediación cambiaria y de servicios financieros especiales”. Ley 1328 de 2009. Reforma Financiera.

23 Clases de Instituciones Financieras

Art. 1 y 2. EOSF. Establecimientos de Crédito. Entidades de Servicios Financieros Inversionistas Institucionales.

manera de intervención directa por parte del Congreso de la República²⁴ en esta clase de transformaciones.

De las Conversiones implementadas por establecimientos financieros en los últimos días tenemos:

- La Cooperativa Financiera Coomeva a Banco Coomeva²⁵. En este caso de pasar a ser una cooperativa del sector financiero a Establecimiento de Crédito.
- La Compañía de Financiamiento Inversora Pichincha a Banco Pichincha²⁶.
- La Compañía de Financiamiento Financiera Andina S.A. Finandina a Banco Finandina²⁷.
- Falabella Compañía de Financiamiento a Banco Falabella²⁸.
- Cooperativa Financiera COOPCENTRAL a BANCO COOPERATIVO COOPCENTRAL²⁹.

En estos dos últimos casos los cambios son rotundos, porque pasan a consolidarse no como pequeños bancos especializados catalogados como Compañías de Financiamiento a ser distinguidos con el rótulo de Bancos, que pertenecen al bloque de los Establecimientos de Crédito.

En estas clases de reestructuración la antigua Superbancaria era más laxa, menos exigente, de allí que muchos establecimientos pequeños del sector financiero dieran el gran salto, aprovechando además que no estaba establecida ninguna regla (situación que muchos alcanzaron), y más cuando no se requería ninguna exigencia de capital mínimo. Hoy en día la cosa es bastante diferente, y es uno de los requisitos que exige la nueva Superfinanciera de Colombia: es que debe contar con el mínimo de capital³⁰.

24 Art. 150, numeral 19. Constitución Política. Corresponde al Congreso de la República: "Señalar objetivos a los que debe sujetarse el gobierno para regular la actividad financiera, bursátil y aseguradora."

25 RESOLUCIÓN NÚMERO 2401 DE 2010 (Diciembre 17). Por medio de la cual se autoriza la constitución de un establecimiento bancario denominado BANCO COOMEVA S.A. "BANCOOMEVA". Superintendencia Financiera de Colombia.

26 RESOLUCIÓN 2150 DE 2010 (Noviembre 05). Por medio de la cual se autoriza la conversión de una Compañía de Financiamiento en Banco. Superintendencia Financiera de Colombia.

27 RESOLUCIÓN NÚMERO 2151 DE 2010 (Noviembre 05). Por medio de la cual se autoriza la conversión de una Compañía de Financiamiento en Banco. Superintendencia Financiera de Colombia.

28 Resolución No. 0736 del 12 de mayo de 2011. Por medio de la cual la Superfinanciera autoriza la conversión de Compañía de Financiamiento a Banco.

29 RESOLUCIÓN No. 1683 DE 2012 de Octubre 18. Por medio de la cual se autoriza la conversión de un organismo cooperativo de grado superior de carácter financiero en establecimiento bancario de naturaleza cooperativa

30 Artículo 80. Ley 795 de 2003. Reforma EOSF.

ESCISIONES

Mediante esta, se permite acordar una reforma estatutaria que por oposición a las fusiones y adquisiciones, da lugar a distintas empresas y personas jurídicas que nacen de una misma institución. Así, los activos y pasivos de la empresa escindida se dividen en tantos patrimonios como instituciones nuevas surjan de la escisión³¹. Ejemplo: Granbanco S.A. – Bancafé. (2006).

Es una figura derivada de la escisión del sector real, pero desde luego se presenta con algunos requerimientos determinados por el EOSF, eso significa que debe mediar la solicitud dirigida a la Superintendencia Financiera, y demostrarle que las entidades contarán con capitales y administraciones con total autonomía de la escindida,³² así:

a. Normatividad³³:

En primera instancia, conviene precisar que el régimen especial aplicable a los procesos de escisión de instituciones financieras se encuentra dispuesto en los artículos 67 y 71 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

No sobra anotar que el artículo 67 del precitado Estatuto establece que la escisión se "... someterá en lo pertinente, a las normas contempladas en el capítulo II de

31 A su turno, el artículo 3º de la Ley 222 de 1995, aplicable en los aspectos no regulados por el EOSF, presenta una definición de la escisión la cual resulta armónica con la prevista en dicho estatuto, y la cual se cita en aquellos apartes aplicables a la operación descrita, así:

“Artículo 3o. Modalidades. Habrá escisión cuando:

“1. Una sociedad sin disolverse, transfiere en bloque una o varias partes de su patrimonio a una o más sociedades existentes o las destina a la creación de una o varias sociedades.

“(…)”

“Los socios de la sociedad escindida participarán en el capital de las Sociedades beneficiarias en la misma proporción que tengan en aquélla, salvo que por unanimidad de las acciones, cuotas sociales o partes de interés representadas en la asamblea o junta de socios de la escidente, se apruebe una participación diferente”. (Subrayado fuera del texto)

32 Artículo 2.4.1.1.5 Procedencia de la escisión.

Para que resulte procedente la escisión prevista en el artículo 104 de la Ley 795 de 2003, y las cooperativas que surjan de este proceso puedan exceptuarse de las previsiones de los artículos 33 inciso primero, 50 y 92 inciso segundo de la Ley 79 de 1988, deberá darse cumplimiento, además de aquellas reglas que rigen la actividad de las entidades y demás normas aplicables, a las siguientes:

1. La cooperativa multiactiva que solicite la escisión de que trata el artículo 104 de la Ley 795 de 2003, deberá contar con una experiencia en la actividad financiera no menor de cinco (5) años, la cual deberá haber ejercido en forma normal y ajustada a las pautas legales y estatutarias.

2. La cooperativa con actividad financiera resultante no podrá participar en el patrimonio de la cooperativa que le dio origen y en las entidades vinculadas a esta última.

33 Ver numeral 1 del artículo 56 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

la Parte III...”, vale decir, las que disciplinan lo relacionado con la fusión de las mismas instituciones, trámite que por su carácter especial es el que debe aplicarse en tales eventos, lo que excluye por principio la aplicación analógica del régimen de escisión de sociedades comerciales ordinarias que se consagra en la Ley 222 de 1995.

Así las cosas, los artículos 3° al 11 de la Ley 222 de 1995 modificatoria del Código de Comercio, se aplican a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera siempre y cuando no pugnen o sean contrarias con el mencionado régimen, resultando aplicables de manera supletiva a falta de norma especial.

*b. Procedimiento*³⁴:

En términos generales, puede indicarse que la escisión entre entidades vigiladas por la Superfinanciera debe ser sometida a la autorización del Superintendente Financiero quien deberá oír el concepto previo de su Consejo Asesor en virtud de lo dispuesto en el artículo 2° del Decreto 422 de 2006.

De la escisión debe darse aviso en los siguientes plazos a la Superfinanciera: a) Por parte del representante legal de la entidad interesada dentro de los diez días siguientes a la aprobación de la escisión por parte de sus máximos órganos sociales¹; b) En forma previa también por el representante legal de la interesada, con no menos de tres meses de anticipación a esta reunión caso en el cual deberá avisarse a los accionistas de la entidad por medio de un aviso que se publicará en un diario de amplia circulación nacional con dos meses de antelación a la fecha de la reunión; y c) Con un mes de anticipación si el aviso proviene de los accionistas de la respectiva sociedad que representen más del 95% de su capital.

Ahora bien, al aviso de escisión dirigido a la Superfinanciera deberá contener la siguiente información³⁵: a) Los motivos de la escisión y las condiciones financieras y administrativas en que se realizará; b) Los estados financieros de fin de ejercicio o intermedios que no pueden ser superiores a seis meses que hubieren servido de base para establecer las condiciones de la operación; c) Un anexo explicativo del método de evaluación de la sociedad interesada y de la relación de intercambio resultante de su aplicación y la copia del acta de asamblea de la entidad en que conste la aprobación de la escisión. En el evento en que el aviso se haga anticipado a esta reunión, se debe dar cumplimiento a esta exigencia con posterioridad.

Una vez allegada a la Superfinanciera documentación referida, el Superintendente podrá objetarla dentro de los siguientes plazos: Si es aviso anticipado, es decir,

34 Ver artículo 57 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

35 Ver numeral 2 del artículo 56 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

previo a la reunión de la asamblea de accionistas, dentro del mes siguiente a tal aviso. En caso contrario, podrá objetarlo dentro de los dos meses siguientes al aviso. Si no se pronuncia dentro de este plazo, se entiende autorizada la escisión. La operación será ineficaz³⁶ cuando se formalice a pesar de la objeción o se efectúe antes del tiempo que otorga la ley al Superintendente Financiero para que se pronuncie sobre ella.

Las causales para objetar la escisión son taxativas y se encuentran previstas en el numeral 2 del artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y están relacionadas con la carencia por parte de la entidad resultante de la operación de los montos mínimos del capital requeridos o la ausencia de garantías para su capitalización oportuna; incumplimiento por parte de la misma de los niveles adecuados patrimoniales o de solvencia; no satisfacción de las condiciones de carácter, responsabilidad e idoneidad de los administradores o de los accionistas que posean más del 5% del capital de la entidad resultante ; cuando la escisión pueda causar perjuicio al interés público o a la estabilidad del sistema financiero, esta última causal debe ser aprobada por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Ahora bien, una vez vencido el término sin que la Superintendencia Financiera autorice la escisión u otorgada la misma, el acuerdo debe ser formalizado por la entidad mediante escritura pública que debe ser registrada en la Cámara de Comercio dentro de los 45 días siguientes al vencimiento del plazo para autorizar la escisión, hecho que podrá certificar este Organismo y tan pronto concluya la escisión, la sociedad resultante deberá suscribir un acuerdo con esta Superintendencia de adecuación de sus operaciones al régimen propio de la institución respectiva, si a ello hubiere lugar.

Es de advertir que las normas referidas en el numeral anterior se aplican a las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera. Así las cosas, si una empresa no vigilada por ese organismo de control decide escindirse y de su proceso resulta la creación de una nueva compañía de seguros, deberá adelantarse el trámite señalado para tal efecto en el artículo 53 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En este orden, en el Capítulo I de la Parte Tercera del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se establecen las normas relativas al funcionamiento de las instituciones financieras. En efecto, el numeral 2 del artículo 53 del citado estatuto señala los requisitos y procedimientos que deben cumplir los interesados en constituir una entidad vigilada, obteniendo para tal fin el respectivo certificado de autorización.

36 Ver párrafo 1° del artículo 58 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

La precitada norma en concordancia con lo dispuesto en el numeral 1 del mismo artículo, señala que las personas que se propongan adelantar en el territorio nacional operaciones propias de las instituciones cuya inspección y vigilancia corresponde a la Superintendencia Financiera, deberán constituir una sociedad anónima o una entidad cooperativa, previo cumplimiento de los requisitos legales contenidos en el Capítulo I Parte III del estatuto en mención.

CESIÓN DE ACTIVOS, PASIVOS Y CONTRATOS

Negocio típico financiero, que permite la realización en bloque de bienes de una entidad financiera con el propósito de procurar liquidez para resolver o restaurar situaciones financieras del establecimiento. Ejemplo. BCH a Granahorrar (2000).

La cesión de activos, pasivos y contratos de las entidades sometidas a control y vigilancia de la Superfinanciera, es una operación expresamente autorizada por el artículo 68 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

En relación con este tipo de operaciones la Superintendencia Financiera tiene la función de autorizarla únicamente cuando la cesión abarca más de 25% del total de los activos, los pasivos o los contratos de la entidad. Cuando se efectúan transacciones inferiores al 25% la entidad no requiere autorización previa y expresa de la referida Superintendencia.

Para la expedición de la autorización correspondiente, cuando esta es necesaria, la Superfinanciera tiene la función exclusivamente de verificar que tanto la sociedad cedente como la cesionaria, continuarán cumpliendo las normas de solvencia, una vez se produzca la cesión.

En los demás aspectos de la operación, como en su desarrollo y ejecución, la Superfinanciera carece de competencia para pronunciarse y las partes deberán estarse a lo pactado.

Así las cosas, esa entidad de control desconoce si para cada caso particular el cedente debe hacer entrega al cesionario de todos los documentos que implican la cesión de un crédito, o si han pactado la entrega únicamente de algunos de ellos, por cuanto tal acción depende necesariamente del pacto que sobre el particular hubieren efectuado las partes intervinientes en el contrato.

Por la misma razón, la Superfinanciera tampoco conoce para cada caso particular si la entrega de todos o parte de los documentos, debe llevarse a cabo antes, después o concomitantemente con la suscripción del contrato de cesión, por cuanto este hecho también depende de los términos del pacto suscrito entre las partes.

En consecuencia, teniendo en cuenta que los aspectos relacionados con el desarrollo de las obligaciones del cedente y del cesionario en una operación particular, son del resorte eminentemente contractual, la definición del momento de entrega de los documentos, así como de los documentos que se entregarán, es responsabilidad de las partes intervinientes en el contrato.

En este punto conviene reiterar que dentro de las funciones asignadas a la Superintendencia Financiera, se encuentra la de velar porque las entidades sometidas a su control y vigilancia den cumplimiento a las normas y regulaciones de tipo financiero y cambiario, pero en ningún caso a las leyes de naturaleza civil, penal, comercial y laboral cuya aplicación compete exclusivamente a los jueces de la República.

En consecuencia, es del caso precisar que conforme a las facultades atribuidas a ese ente de control, previstas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y demás normas concordantes, en su condición de policía administrativa del sector financiero, a esa Superintendencia no le corresponde la de definir el alcance de los derechos, deberes, responsabilidades y efectos, ni lo atinente a la de establecer el cumplimiento o no de las obligaciones contractuales, que surjan de la relación negocial en que sea parte una de sus vigiladas.

Tratándose de créditos de vivienda, las instituciones de crédito deben tener en cuenta igualmente lo establecido en el artículo 24 de la ley 546 de 1999³⁷.

EL IMPACTO DE LAS REESTRUCTURACIONES FINANCIERAS EN EL SECTOR COOPERATIVO

Hay que hablar de las reestructuraciones de las Cooperativas de Ahorro y Crédito pertenecientes al sector solidario para dar el salto al sector financiero mediante la figura de la *conversión*. Que entraron a funcionar como Cooperativas Financieras

37 El artículo 24 de la Ley 546 de 1999 consagró una modalidad de cesión de los créditos otorgados para la financiación de vivienda individual a largo plazo, consistente en la sustitución de la calidad de acreedora entre entidades financieras y a petición del deudor con el fin de garantizar que éste obtenga un beneficio en cuanto a la tasa de interés remuneratoria. Tratándose de la cesión de créditos de vivienda otorgados por un establecimiento de crédito, los mismos son transferidos en idénticas condiciones a las pactadas originalmente, de manera tal que los derechos del deudor cedido no deben sufrir ninguna modificación, pues el contrato de crédito está enmarcado dentro de un contexto normativo que pese a la cesión conserva su aplicabilidad. Los requisitos que deben cumplir las entidades facultadas por la Ley 546 de 1999 para otorgar créditos de vivienda denominados en moneda legal colombiana o en unidades de valor real, depende de la naturaleza jurídica que ostente la entidad. Quien pretenda otorgar créditos de vivienda dentro del marco previsto en la Ley 546 de 1999, tiene que estar sujeto al control, vigilancia e intervención por el Estado. Concepto 2006064287-001 del 22 de diciembre de 2006. Superintendencia Financiera de Colombia.

pertenecientes al sector financiero nacional, y tener así, en capacidad de poder competir con las robustas entidades que conforman éste fuerte y consolidado sector en el país.

Situaciones de mucha controversia surgen del análisis de cómo han funcionado las Cooperativas de Ahorro y Crédito en Colombia. Sobre todo después del episodio generado a través de la quiebra a mediados de los 90 de una considerable cantidad de cooperativas del sector solidario, que determinó que en Colombia se creará una Superintendencia especial, entre otras medidas; para llevar a cabo el cumplimiento de controlar y vigilar a dichos establecimientos.

Según el análisis del gobierno de Ernesto Samper Pizano las Cooperativas de Ahorro y Crédito disimulaban sus actividades excusadas “*en no desplegar actividades financieras*”, la esquivaban en que “*funcionaban a través de los aportes de sus socios*” y no en la captación acostumbrada que distinguía a los bancos en el país. Se podría decir que solapadamente se distorsionaba la actividad convirtiéndose netamente en financiera.

Otra de las consecuencias, fue la determinación que algunas cooperativas que querían seguir desarrollando actividad financiera se sumaran a las controladas por la superbanca de ese entonces, hoy Superintendencia Financiera de Colombia. *Convirtiéndose* dichas entidades en Cooperativas Financieras vigiladas por la Superintendencia Bancaria, según lo determinado por la ley 79 de 1998.

Podemos afirmar que fueron las primeras *conversiones* que se dieron legalmente en Colombia, además de ser una reestructuración colectiva de establecimientos del sector cooperativo al bancario en su momento.

La ley 454 de 1998, de conformidad con los incisos primero y segundo del artículo 39 estableció que la cooperativas que iban a desarrollar actividad financiera, es decir cooperativas especializadas de ahorro y crédito y multiactivas e integrales con sección de ahorro y crédito requerirían autorización previa de la Superintendencia Solidaria, con nuevas exigencias en cuanto al requerimiento de capital mínimo, entre otras. Así también lo señala el artículo 28 EOSF. También lo dispone y desarrolla el Título segundo de la Circular Básica Jurídica.

Hoy la petición para tal *conversión* debe solicitarse directamente a la Superintendencia Financiera de Colombia que tiene la responsabilidad de estudiarla, examinando: socios; indicadores de solvencia; de liquidez; de gestión; y por sobre todo si la cooperativa aspirante cuenta con los requerimientos mínimos de capital exigidos.

Son transformaciones de la mayor complejidad, nivel de exigencias que como ente controlador, vigilador y fiscalizador debe realizar la Superintendencia Financiera,

respondiendo a las obligaciones que le impone la norma, no solo las especiales que su momento expidió el gobierno nacional, sino también a las contenidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Una vez sea admitida la cooperativa en el sector financiero, será sometida a la intervención de la superfinanciera: visitas, exigencias de requisitos, informes periódicos y los demás controles desplegados para las entidades del sector, que ya nada tendrán que ver ya con el sector solidario.

Dentro del desarrollo de la intervención hecha por el gobierno del expresidente Samper Pizano se dieron en el sector cooperativo nacional situaciones que nunca antes se habían dado, por ejemplo la fusión de: Cupocrédito, Bancoop, Coopsibaté y Coopdesarrollo, de este proceso surgió el llamado Megabanco cooperativo. Banco que posteriormente fue absorbido mediante fusión, según resolución 1923 de 2005 de la Superintendencia Financiera de Colombia; por el Banco de Bogotá.

Vale la pena destacar otras reestructuraciones que se dieron en el sector solidario, caso: Coomeva Multiactiva en cooperativa financiera, que pasó de ofrecer servicios que en su anterior calidad de cooperativa de ahorro y crédito no podía, tales como tarjeta de crédito, operaciones en moneda extranjera, remesas, créditos de fomento con recursos propios, avales, cuentas de Ahorro para el Fomento de la Construcción AFC, CDT, manejo de recursos de vivienda de interés social y recaudo de aportes a la seguridad social, entre otros.

Convirtiéndose posteriormente a través de solicitud elevada a la superfinanciera, mediante Resolución 2401 de diciembre 17 de 2010 en un establecimiento bancario denominado BANCO COOMEVA S.A. “BANCOOMEVA”, contando con servicios especializados de banca personal y banca empresarial. El Banco Coomeva cuenta con 188 oficinas en 48 ciudades del país las cuales ofrecen todos los productos y servicios del Banco.

No podemos dejar de lado lo sucedido con Juriscoop Multiactiva, que también se convirtió en cooperativa financiera partir del 20 de octubre de 2008. La Financiera Juriscoop, vigilada por la Superintendencia Financiera, se convirtió en un nuevo actor del mercado financiero.

A Juriscoop lo respalda una gran fortaleza patrimonial con un margen de solvencia, una amplia cultura del servicio al cliente y la aplicación de las políticas de incentivo al ahorro, remunerando con tasas superiores a las del promedio del mercado y fomentando el crédito a costos solidarios. Importantes factores para enfrentar la competencia. Cuenta con 34 oficinas y 3 extensiones, distribuidas en todo el territorio nacional para atender las necesidades de Ahorro y Crédito con valor agregado social de sus clientes.

CARACTERÍSTICAS DE LA REESTRUCTURACIÓN

Rentabilidad: Es una de las características que definen la inversión de los establecimientos financieros, junto con la seguridad y la liquidez, y donde lo que deben procurar continuamente es la obtención de beneficios económicos o financieros. También podríamos definirla como una estrategia de reestructuración donde se busca la remuneración del capital invertido, que generalmente se va a expresar en el porcentaje sobre dicho capital. Esto aplicado a un activo, es su cualidad de producir un beneficio o rendimiento, habitualmente en dinero.

Eficiencia: A través de esta característica las entidades financieras tienen la facultad para lograr un efecto deseado. Buscar producir más con lo mismo o lo mismo con menos. Es decir, que ser más eficiente.

Productividad: Mediante ella los establecimientos financieros pretenden efectividad en su actividad, y la necesidad de incrementar esta para la mejorar la economía del país, y es clave para mejorar el nivel de vida de la sociedad, ya que repercute en más potencial de incrementar los sueldos y más rentabilidad para el capital invertido, lo que incentiva cada vez más la inversión, el crecimiento de empleo y el crecimiento de la economía.

Diversificación: Indiscutiblemente los establecimientos financieros desarrollan esta estrategia distribuyendo su capital en diferentes alternativas que se comporten de distinta forma, con el objetivo de reducir el riesgo total de las mismas. También podríamos definirla como proceso por el cual una empresa del sector pasa a ofertar nuevos productos y entra en nuevos mercados, invirtiendo directamente en nuevos negocios.

Complementariedad: Mediante integración satisfactoria de dos o más entidades financieras con visiones diferentes sobre objetivos y explotación de productos, buscando efectividad integral, y en cada una de las diferentes actividades que se despliegan. Podrán permitirse en el marco de la estrategia, reacomodamientos continuos, mucha versatilidad superar las limitaciones del sector.

Transformación: Es la búsqueda que hoy en día de manera globalizada persiguen las entidades financieras: cambiar de forma en todos los aspectos de su actividad. Significa reorganización en su contrato social sin perder ni cambiar su personalidad jurídica. La transformación de sociedades financieras está determinada por las necesidades y la búsqueda de la profundización financiera.

Fortalecimiento: La idea de las entidades financieras que funcionan en nuestro país, sin lugar a dudas, es la búsqueda de su fortalecimiento enfocado a inducir las condiciones suficientes, necesarias y así lograr el éxito de sus objetivos y metas,

por ende conseguir el cumplimiento de sus compromisos, a fin de asegurar su continuidad existencial y la proyección de perspectivas para su continuo crecimiento y desarrollo.

Para este propósito se integran estrategias, las cuales contemplan la elaboración de un diagnóstico situacional del establecimiento, así como un plan de transformación o adecuación del mismo, incluso con alcance de Reingeniería³⁸, si es necesario. Así mismo la transferencia de instrumentos y conocimientos, a fin de dotar a las entidades financieras de una capacidad de autosuficiencia para conducir su proceso de desarrollo estratégico.

Consolidación: Con ésta característica se pretende conseguir que los establecimientos financieros se mantengan en el mercado no sólo con ganancias, sino también con imagen, prestancia, dinamismo, servicio, etc. es decir, que supere el tirón inicial de creación y se mantenga activo con una cartera de clientes, provisiones positivas, realistas o razonables (ingresos-gastos-beneficios) de continuidad de su actividad en los próximos años.

CONCLUSIONES

Las primeras reestructuraciones que se realizaron en el sector financiero colombiano se ejecutaron sin ninguna clase de requisitos, la superintendencia encargada en su momento para su vigilancia, no los exigía. Muchas de esas transformaciones se llevaron a cabo con normas creadas no para los establecimientos financieros. Es más, sólo hasta 1.996 se vino a expedir, con responsabilidad, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

38 Artículo 2.9.8.1.1 Objeto.

Las sociedades comisionistas de bolsa, previa autorización de la Superintendencia Financiera de Colombia, podrán ofrecer y prestar a sus clientes los servicios de asesoría que se detallan en el artículo siguiente, siempre que se sujeten a las condiciones que para el efecto establezca la Superintendencia Financiera de Colombia.

Artículo 2.9.8.1.2 Modalidades.

Los servicios de asesoría a que se refiere el artículo anterior, podrán revestir las siguientes modalidades:

1. Asesoría en ingeniería financiera, la cual está dirigida a empresas existentes en aspectos tales como sistemas de consecución de recursos, diseño de valores, fuentes de financiación, sistema de costos, definición de la estructura adecuada de capital, reestructuración de deuda, comercialización de cartera, colocación de valores entre terceros o asociados y repatriación de capitales.
2. Asesoría financiera en procesos empresariales de reorganización cuando contemplen entre otros casos, la conversión, fusión, escisión, adquisición, enajenación, cesión de activos, pasivos y contratos, y liquidación de empresas;
3. Asesoría en procesos de privatización, y
4. Asesoría en programas de inversión. Decreto Unico 2555 de 2010.

La creación de la Superfinanciera ha sido muy importante para vigilar todos los aspectos que se presentan en el desarrollo del sistema financiero colombiano, y que tienen que ver con sus establecimientos: desde la creación, transformación hasta la liquidación de las entidades financieras.

El sistema financiero colombiano, los inversionistas y los usuarios del sector pueden tener plena seguridad sobre la actividad con que la Superintendencia Financiera Colombiana actúa en las reestructuraciones de sus entidades vigiladas. Otorgando así, confianza, credibilidad, idoneidad, compromiso, y que en cada uno de los cambios que en ellas se presente, está no solo su aprobación, sino también su oportuno acompañamiento.

La norma financiera es suficiente para que las transformaciones de sus establecimientos, no se hagan de manera desordenada, sino fundado en lo determinado en sus contenidos. Las últimas reestructuraciones así lo corroboran.

BIBLIOGRAFÍA

- América Económica. (2005). Revista.
- ANIF (2005). “Fusiones y Consolidaciones Bancarias: ¿Hacia la Multibanca?” Informe Semanal (No. 774, Marzo 22).
- ASOBANCARIA (2004) “La Bancarización: Un Gran Reto para el País” La Semana Económica, Noviembre 19).
- ASOBANCARIA (2005) “Agenda Financiera Interna: Las Tareas a Seguir” La Semana Económica, Mayo 27).
- BANCA. (2006). Revista.
- BANCO INTERAMERICANO DE DESARROLLO (BID). Progreso Técnico y Social en América Latina. Informe 2005: Desencadenar el crédito, cómo ampliar y estabilizar la banca. Parte III, Cap. 9, 135–145.
- CARRASQUILLA, A. y J.P. ZARATE (1997) “Reforma del Sector Financiero en Colombia: ¿Dónde Estamos?” en El Mercado de Capitales de Colombia, XV Simposio, Marzo.
- CASTRO, C. (2001). “Eficiencia-X en el sector bancario colombiano”, Desarrollo y Sociedad, Universidad de los Andes, No. 48.
- CLAVIJO, S. (2000) “Hacia la Multibanca en Colombia: Retos y Retazos Financieros” Revista del Banco de la República (Octubre).
- CLAVIJO, S. (Director), SALAZAR, N. (Sub-Directora saliente), ROJAS, C.I. (Sub-Director entrante), SALAMANCA C. y MONTROYA, G. (Investigadores) y Camilo RIZO, C. (Asistente de Investigación) Documento preparado por la Asociación Nacional de Instituciones Financieras (ANIF), cuyo equipo estuvo conformado por (2006). Fusiones y

- Adquisiciones en el Sector Financiero Colombiano: Análisis y Propuestas sobre la Consolidación Bancaria (1990-2006).
- DECRETO UNICO 2555 de 2010. Ministerio de Hacienda y Crédito Público.
- DESAFÍOS DE LA BANCA LATINOAMERICANA EN LOS ALBORES DEL SIGLO XXI. (2003). Congreso Latinoamericano de Derecho Bancario. Punta del Este. Uruguay.
- DIARIO DE LA REPUBLICA. (2005). Bogotá.
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, Dec. 663 de 1993.
- ESTRADA, D. (2004). Análisis de las fusiones en el mercado bancario colombiano. Revista Anif.
- ESTRADA, D. (2005). “Efectos de las fusiones sobre el mercado financiero Colombiano”, Borradores de Economía, Banco de la República, No.329.
- GHERSI, C.A. (1990), Figuras contractuales modernas, Buenos Aires.
- HOMMES, R. y A. MONTENEGRO (1989) “Una Propuesta para Eliminar las Inversiones Forzosas” Banca y Finanzas (Diciembre).
- JANNA, M. (2003). “Eficiencia en costos, cambios en las condiciones generales del mercado, y crisis en la banca colombiana: 1992-2002”, Borradores de Economía, Banco de la República, No. 260.
- Ley 546 de 1999.
- Ley 795 de 2003.
- MANJARRÉS VARGAS, F.A. (2011). Estructura y Regulación del Sistema Financiero. Editorial Tinta Fresca, Medellín.
- MANJARRÉS VARGAS, F.A. (2012). Estructura y Regulación del Sistema Financiero. Editorial Académica Española, Hamburgo, Alemania.
- MARTINEZ NEIRA, N. H. (2004). Cátedra de derecho bancario colombiano. Ed. Legis. Bogotá.
- MARTORELL, E. (1996). Tratados de los contratos de la empresa, contratos bancarios, t.II, Buenos Aires, Depalma.
- MELO, J. E. (1993) “Las Reformas al Sistema Financiero” (Superintendencia Bancaria, Marzo).
- MONTENEGRO, A. (1983) “La Crisis del Sector Financiero Colombiano” Ensayos Sobre Política Económica (Diciembre).
- RABASA, O. (1994). El derecho angloamericano, México, Fondo de Cultura Económica.
- RESOLUCIÓN 2150 DE 2010 (Noviembre 05). Por medio de la cual se autoriza la conversión de una Compañía de Financiamiento en Banco. Superintendencia Financiera de Colombia.
- RESOLUCIÓN NÚMERO 2151 DE 2010. (Noviembre 05). Por medio de la cual se autoriza la conversión de una Compañía de Financiamiento en Banco. Superintendencia Financiera de Colombia.

RESOLUCIÓN NÚMERO 2401 DE 2010 (Diciembre 17). Por medio de la cual se autoriza la constitución de un establecimiento bancario denominado BANCO COOMEVA S.A. "BANCOOMEVA". Superintendencia Financiera de Colombia.

URRUTIA, M. y C. CABALLERO (2005) "El Impacto Del Sector Financiero en el Crecimiento" Asobancaria-Mayo 2005.

WILLIAMS, J.N. (1999). Contratos Bancarios, Buenos Aires.

WEBGRAFÍA

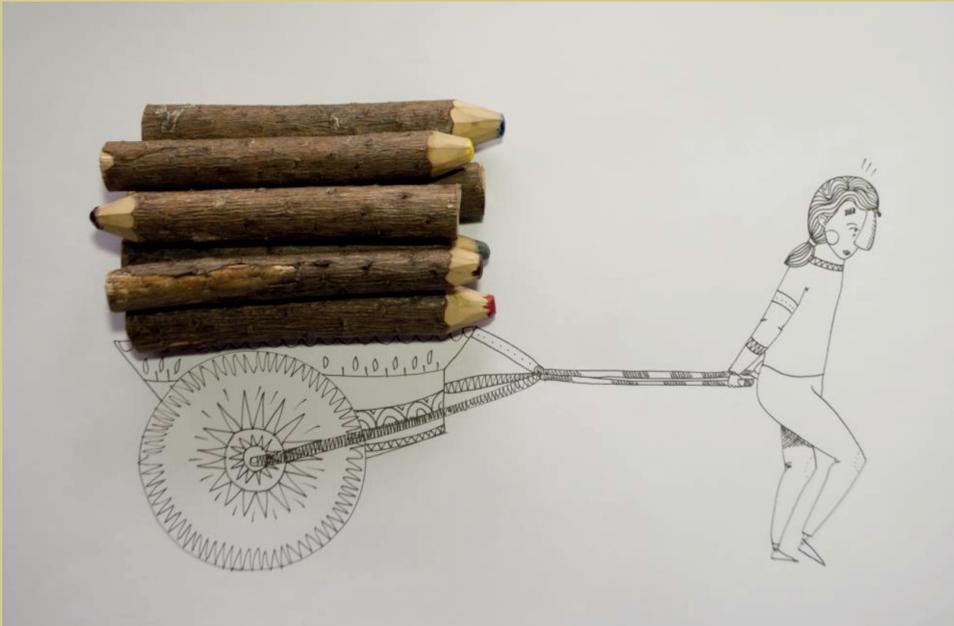
www.superfinanciera.gov.co/.

www.minhacienda.gov.co/.

www.fogafin.gov.co/.

<http://anif.co/>.

www.americaeconomica.com/revista.



Título: Cargas

Técnica: Fotografía

Año: 2014

EL DERECHO A LA PROPIEDAD: LOCKE Y KANT, ENTRE EL TRABAJO Y LA OCUPACIÓN*

* El presente texto de desprende del capítulo hermenéutico II: Locke Kant, de la tesis doctoral: ¿DERECHOS FUNDAMENTALES O DERECHOS PATRIMONIALES? Acerca del contenido de la justicia distributiva. Una reconstrucción contemporánea desde la teoría de la argumentación de Chaïm Perelman. Profesora en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

Fecha de recepción: marzo 3 de 2014

Fecha de aprobación: mayo 29 de 2014

EL DERECHO A LA PROPIEDAD: LOCKE Y KANT, ENTRE EL TRABAJO Y LA OCUPACIÓN**

*María Dolly Cuartas Henao****

RESUMEN

Este artículo tiene como propósito rastrear en los argumentos de Locke y Kant, aquellas premisas que permiten consolidar el derecho de las posesiones como un derecho natural a las propiedades y a las riquezas, categoría que hoy dificulta la construcción de una teoría de las justicias distributiva y redistributiva en los Estados con un sistema político democrático, aunque se reconozca la igualdad económica como condición de la igualdad política. Aquí se utilizarán algunos elementos de la Teoría de la Argumentación de Ch. Perelman, los cuales serán herramientas metodológicas para el propósito que se plantea en el artículo, como la metáfora y la disociación notional.

Palabras clave: Locke, Kant, derecho natural a la propiedad, Ch. Perelman

THE PROPERTY RIGHT: LOCKE AND KANT BETWEEN THE WORK AND THE OCCUPATION

ABSTRACT

This paper has purpose to track arguments of Locke and Kant, those premises that admit of consolidate the right of possession to a natural right to property and wealth, this category difficult to built a theory of distributive and re-distributive justice, in the States as a democratic political system, even recognizing that equality economic and political equality condition. I use some elements Ch. Perelman's Argumentation Theory these are methodological tools for the purpose here, as metaphor and notional dissociation.

Keywords: Locke, Kant, natural right to property, Ch. Perelman

** Artículo de investigación, producto de la tesis doctoral de la autora.

*** María Dolly Cuartas Henao. Magister en Filosofía Política, estudiante de Doctorado Instituto de Filosofía, Universidad de Antioquia, Profesora en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

EL DERECHO A LA PROPIEDAD: LOCKE Y KANT, ENTRE EL TRABAJO Y LA OCUPACIÓN

1. INTRODUCCIÓN

Una de las grandes dificultades a las que se enfrentan los Estados actuales, y que se consideran a sí mismos como democracias, tiene que ver con el tema de los bienes, en tanto estos hoy, (el derecho a los bienes, a las riquezas y a la propiedad en última instancia) por ser concebidos como un derecho natural moral, están por encima del propio Estado como bien lo afirman Robert A. Dahl desde la crítica a la democracia(1989) y Paul Ricoeur desde la Teoría Narrativa(1987), situación que se convierte en un obstáculo político y jurídico para cualquier teoría de la distribución o de redistribución de bienes, en tanto los propietarios alegarían su derecho natural a sus propiedades.

Pero si tal derecho surge con el liberalismo clásico, ¿cuáles fueron las razones para que en 1690 bajo el concepto genérico de propiedad (Locke), apareciera como teoría y se consolidara en 1797 (Kant), donde al fenómeno de la posesión se le suma la necesidad de una idea intelectual (noúmeno), la que solo es otorgada por el derecho público?

Tanto para Locke como para Kant, como para quienes están por la vía contractualista del Estado, la existencia de este solo se justifica por la protección de la propiedad personal, a través del derecho positivo. La diferencia entre ambos autores, acerca del carácter definitivo o perentorio de los bienes y riquezas, está en que para el primero es necesario que se presente el trabajo como señal de posesión, solo así el discurso jurídico puede, legítimamente, dar el título de propietario sobre una determinada posesión; mientras que para el segundo, solo es suficiente con el título de primer ocupante, en tanto la señal del trabajo puede reemplazarse por otras, como la herencia.

2. ARGUMENTOS DESDE LOCKE

Este autor se ocupó de cuestiones ya clásicas, sobre las que Hobbes también había reflexionado, estas para el momento histórico eran consideradas como fundamentales, en resumen son: a) los derechos del rey y del parlamento, b) la persecución

religiosa, c) los fundamentos y la obligación política y d) los límites de la obediencia individual a las leyes y a los gobiernos. A estas, les agrega el reconocimiento del derecho natural a la propiedad; es decir, el derecho a preservar los bienes y las riquezas, como un derecho civil individual.

En su texto *Segundo Ensayo sobre el Gobierno Civil* (1690), Locke caracteriza como finalidad del Estado civil cuidar la Propiedad, la que entiende como el derecho natural: a la vida, a los bienes y a los derechos civiles (incluye el resistirse a la tiranía) y políticos; todos estos derechos le deben ser garantizados al ciudadano por el Estado, como una manera para protegerse y conservarse.

2.1. Del estado de naturaleza al Estado civil

En el estado de naturaleza existen comunidades, las que se han constituido por diversos fines: domésticos, comerciales, mas no políticos, pero en las que están en peligro; o mejor se pone en peligro la seguridad de la vida, puesto que cualquier miembro de la comunidad, si así lo desea, puede ponerse en estado de guerra con otro, acto en el que primero, quien arremete, renuncia a su derecho a la vida; y segundo, pone en peligro la vida de otro, por lo tanto, quien es atacado puede defenderse, aun con la consecuencia del mayor daño para su agresor de manera legítima: la muerte. Por lo que para constituir el Estado civil se requiere del consenso unánime de todos quienes están en peligro, y deciden conformar la comunidad política. En esta nueva dimensión política de la convivencia lockeana, el Estado es un ente de intervención mínima, sólo puede garantizar los derechos individuales, arbitrar en los conflictos y mantener la seguridad, no puede excederse en el poder que se le ha dado.

Dicho Estado mínimo tiene tres elementos: a) la decisión individualista libre y racional de los sujetos ahora político-sociales, b) la posibilidad de cooperación social ventajosa para todos, y c) un tipo de armonía entre las leyes naturales y el surgimiento del nuevo código civil. Estos no solo le permiten construir el concepto de consenso, sino también, el de obediencia libre, la que es un acuerdo libre y voluntario entre individuos dotados de derechos subjetivos a favor del beneficio común, lo que es su fundamento. Con el concepto de obediencia libre, Locke resuelve dos de las preguntas básicas de su época, la primera, sobre los fundamentos de la obligación política y la segunda, sobre los límites de la obediencia individual a las leyes y los gobiernos. Las respuestas a tales preguntas son más cercanas a una concepción individualizada en términos de derechos políticos y civiles, tendiente a la concepción de la libertad en su sentido negativo.

Lo anterior lo define Isaiah Berlin en su texto *Cuatro ensayos sobre la libertad como la libertad de los antiguos y la de los modernos*, en donde afirmaba: “hace mucho tiempo el problema central de la política” (Berlin, 1998: 219- 220), se resume en la

manera de explicar dos asuntos: el “problema de la obediencia y el de la coacción. ‘¿Por qué debo yo (o cualquiera) obedecer a otra persona?’ ‘¿Por qué no vivir como cualquiera?’ ‘¿Tengo que obedecer?’ ‘Si no obedezco, ¿puedo ser coaccionado?’ ‘¿Por quién, hasta qué punto, en nombre de qué y con motivo de qué?’”. Tales cuestionamientos Berlin los responde a partir de los significados, que las palabras *freedom* o *liberty* han tenido en el transcurso de la historia en la política, y afirma:

“(…), llamaré su sentido ‘negativo’, es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta ‘cuál es el ámbito en que al sujeto — una persona o un grupo de personas— se le deja o se le debe dejar hacer o ser lo que es capaz de hacer o ser, sin que en ello interfieran otras personas’. El segundo sentido, que llamaré ‘positivo’, es el que está implicado en la respuesta que contesta a la pregunta de ‘qué o quién es la causa de control o interferencia que puede determinar que alguien haga o sea una cosa u otra”.

Lo que se puede resumir como estar libre de y así poder actuar; y ser libre para y poder actuar.

2.2. Disociación nocional. Ensanchamiento nocional o dilucidación de la noción de derechos: la aclaración en el tiempo.

Sobre las disociaciones nocionales Perelman afirma: “(…) son transformaciones o cambios profundos, que sufren las nociones, éstas tienen como objeto suprimir la incompatibilidad originada en el momento en el cual se confrontan unas tesis con otras”. El autor plantea que se puede obtener una solución práctica, a dicha incompatibilidad, recurriendo a su aclaración o explicación en el tiempo, al evitamiento de su uso o al sacrificio de uno de los valores en conflicto. La disociación nocional puede presentarse de una manera que, aquí se denominará “sencilla o simple” y la otra es compleja o Disociación Nocional tipo abanico. Pero también hay una solución teórica, ésta corresponde a “una solución que también será útil en el futuro porque, al reestructurar nuestra concepción de lo real, impide la reaparición de la misma incompatibilidad. Salvaguarda, al menos parcialmente, los elementos incompatibles”. (Perelman, 1989: 627-632). Esta estrategia argumentativa se utilizará en ambas propuestas, para su aplicación se parte del derecho fundamental a la vida, éste como el resultado de unir el derecho a la existencia con el derecho a tener dicha existencia con seguridad, ésta la brinda el derecho positivo. Y sólo se hace efectivo si existe un tercero, en este caso el Estado, que le dé durabilidad en el tiempo, y saque la vida de la dimensión de transitoriedad en la que se hallaba en el estado de naturaleza¹, y le dé mayor estabilidad.

1 La Pareja Filosófica tiene como prototipo: Apariencia o TI, y Realidad o TH.

Siguiendo con la ya mencionada tesis perelmaniana acerca de la disociación nocional y cómo esta se presenta en su esfuerzo por resolver problemas que trae la filosofía misma, se privilegiará, la pareja filosófica.² Así primero se presenta la estructura de la disociación nocional y luego como queda en la propuesta de Locke:

A. Estructura de la Disociación nocional:

TI = Estado civil (Estado jure)

TII = estado de naturaleza (estado de facto)

B. aplicación a Locke:

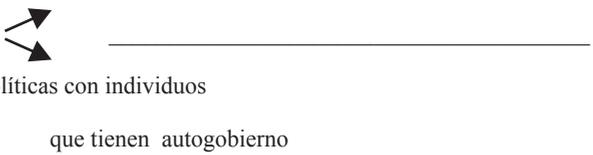
TIB = propiedad, que incluye derecho a la vida,

a la justicia y a la libertad individual

TI A = ley positiva = Estado liberal mínimo = TIIB

TI = Estado civil: 

TI = conflictos por seguridad de bienes, injusticia

TII = estado de naturaleza: 

TII = comunidades pre-políticas con individuos

que tienen autogobierno

TII como el estado de naturaleza en el cual existe una sociedad inicial formada por las familias, es un estado carente de la política y del derecho positivo, razón por lo cual para la propiedad en su sentido tripartita es transitoria, la necesidad de convertirla en transitoria permite la construcción de TI. En TI, Estado civil o jure es donde surge el concepto de Propiedad lockeano, concepto que

2 La Pareja Filosófica tiene como prototipo: Apariencia o TI, y Realidad o TII.

es enriquecido con tres derechos que lo conforman: el derecho a la vida, a las libertades políticas y civiles, y el derecho a los bienes. Lo cual debe de estar erigido en el fundamento del mantenimiento de la seguridad de todos por medio de una concepción del Estado mínimo, el que solo debe proteger los derechos y garantizar el cumplimiento de las transacciones acordadas en el mercado, y no debe intervenir en la vida de sus ciudadanos, es TI el que debe garantizarlo por medio de las leyes positivas.

2.3 El derecho natural a los bienes

Con el concepto de Propiedad, Locke justifica la existencia del Estado civil, en tanto las leyes tienen como única función la protección de lo ya establecido, como derechos naturales en las sociedades domésticas, formadas en el estado de naturaleza. Por lo que tal Estado es solo para propietarios y estos eran los únicos con participación política real (lo que critica Rousseau más tarde en el Contrato Social). Es justamente dicha concepción natural de los bienes, que como lo afirma Robert Dahl en *La democracia y sus críticos* (1989), la razón por la cual, para una concepción política en términos distributivos, tal derecho se convierte en un obstáculo. Tal concepción de derecho natural moral, de acuerdo con Dahl es, precisamente, por lo que se presenta la dificultad contemporánea de la distribución de los recursos económicos, asunto por el que se hace necesaria la discusión en la actualidad, para poder pensar una teoría de la distribución de bienes económicos, y políticos en términos de distribución éticamente justa.

Es así que la existencia de derechos anteriores al establecimiento del Estado impiden cualquier forma de distribución de bienes y las concentraciones de riqueza seguirán dejando a muchos por fuera de su disfrute, en tanto la igualdad económica actualmente es condición para toda igualdad política, no en términos igualitaristas sino de equidad, un tanto en términos rawlsianos (Political Liberalism, 1993).

Locke reconoce la Razón (Valenzuela, 2008) como la fuente de la ley, en términos de ordenamiento, coacción y obligación, es ella la que a través de su ejercicio le posibilita al hombre el conocimiento necesario para que: a) en una situación social, en la cual existe las comunidades domésticas, y b) en una condición pre-política, en la cual los hombres requieren de leyes positivas para organizar su convivencia en términos legítimos y justos, adopten el derecho positivo no solo como la mejor opción para la preservación de la vida de cada uno (mandato de una ley de la naturaleza: permanecer en el ser), sino también en la garantía del disfrute de los derechos para la participación en lo político, el desarrollo de la libertad positiva y el desarrollo del hombre como un ser de voluntad libre, su libertad negativa, pero también el Estado se establece para la protección de sus bienes reconociendo a sus poseedores como

sus legítimos propietarios, categorías que en el estado de naturaleza no existían, y ahora cobran significados político y jurídico.

En su *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, Locke establece que todo lo existente pertenece a todos los hombres en común (Locke, 1997: 50) además de que el creador les ha otorgado la razón para que hagan uso de toda la naturaleza, (Loche, 1883: 18). En la *pertenecia* o el *use*, se incluye el sí mismo de los hombres para cada uno de ellos, además del esfuerzo humano, entendido como trabajo, este es el sello auténticamente humano sobre la tierra y las cosas, realizadas con las propias manos, que permiten la primera posesión, en tanto cada hombre le añade a la naturaleza o a sus objetos algo que realmente es suyo. Los hombres se convierten en *commoners*, respecto a los demás, porque cada quien saca para sí, de la “condición común de la naturaleza” dada por Dios, además de hacer aquello que le manda la ley de la naturaleza: apoderarse de la tierra, tal como lo estipula el creador. (Locke, 1993: § 31), (Locke, 1883: Sec.31).

Sin embargo, para que tal apropiación sea establecida, Locke la concibe rodeada de unos presupuestos como un “acuerdo explícito” (Locke, 1993:§ 28, Locke, 1883: sec 28) anterior entre los *commoners*, el cual es:

“(…) imprescindible para que alguien se apropie de una parte de lo que ha sido heredado en común (...)”, le da límites a lo apropiado (Locke, 1993: §30) como el no dejar percer las cosas, por ello es suma importancia el trabajo, éste delimita la apropiación en términos moderados y justos, además sólo le permite, a cada uno tener aquella cantidad de tierras o bienes, porque “(…) el hombre labra, planta, cultiva, mejora (...). A través de su trabajo esa persona limita la tenencia de la tierra (...)” (Locke, 1993: § 31).

Esto bajo el presupuesto de que los recursos son abundantes y la cantidad de hombres menor, para el momento histórico. La anterior puede describirse como una primera forma de la “posesión” particular de un bien. La segunda es dada cuando los presupuestos se invierten, es decir, cuando en algunas regiones los recursos son escasos y la población ha aumentado, se instituye el uso del dinero (Locke, 1993: § 45), como un mecanismo para la adquisición de la tierra y por ende de los bienes. De tal suerte, que los elementos que se usan como dinero ya sea el oro, la plata, los diamantes o en su defecto, las conchas en algunos territorios, son artículos a los que “*la fantasía o un pacto entre los hombres han dado un valor que sobrepasa al que realmente tienen como necesario para la subsistencia (...)*” (Locke, 1993: § 46).

El dinero concebido como una cosa duradera, que las personas pueden guardar e inclusive acumular ha sido considerado entre todos bajo un pacto mutuo, como algo útil para la vida, en tanto es un medio de intercambio por otros artículos que se requieren. El valor del dinero depende de un consenso entre la sociedad, para

que él no solo valga, sino para que sea considerado un objeto de predominio, una unidad de intercambio que como medida se rija por el trabajo (Locke, 1993: § 50). Así se institucionaliza de manera definitiva la tenencia individual y el acuerdo social de cómo se entiende la relación entre el propietario y la propiedad, es decir, hombre y bienes, en el Estado civil

Es precisamente, el acuerdo sobre la utilización del dinero, lo que permite la aceptación, general y tacita, acerca de la distribución de la riqueza, de tal manera que *“estuvieron conformes”* (Locke, 1993: § 50) con una división desigual, y por ende, desproporcionada. Aquí las leyes del Estado únicamente sirven para formalizar la posesión, la que se trae del estado de naturaleza, como apropiación, y tiene un carácter provisional, volviéndola perentoria o definitiva, excluyendo de la misma el derecho común de los demás sobre ella. Aunque el acuerdo fuera tácito, los hombres legitimaron tal forma de distribución en tanto, tienen la reserva que nadie tiene *“mayores extensiones de tierras de las que cada uno puede utilizar”*, además cuentan con que el excedente, lo que se recibe por la tierra, puede tenerse bajo la forma del oro o de la plata, sin que su naturaleza se estropee.

La propiedad estatal por su parte, es decir, la delimitación del territorio entre los países se da como *“un acuerdo positivo”* (Locke, 1993: § 45), en el cual, con la aparición de las alianzas o las coaliciones formadas entre los distintos reinos, surgen aceptaciones o rechazos por las adquisiciones o por lo menos, por las presunciones y los derechos que los demás hombres tenían sobre determinadas tierras, las que por estar bajo el dominio de otros, ya fueran de la alianza o no, no les quedaba más que renunciar de mutuo acuerdo, al derecho natural común sobre dichos territorios y conservando solo aquellos que las leyes le determinaban como de su propiedad.

3. ARGUMENTOS DESDE KANT

Este autor retoma el problema de la legitimación de la autoridad con la figura del contrato social haciendo una lectura diferente. Kant separa el orden jurídico político de la moralidad, lo que le permite clarificar dentro del Estado no solo la concepción de una comunidad jurídico-política, la que deriva del estado de naturaleza jurídico y se sale de él de manera colectiva; también concibe una comunidad ética, la que deriva de un estado de naturaleza ético, del cual se sale de una manera individual o tal vez nunca se salga de él, ambas comunidades forman un Estado civil de derecho y un Estado civil ético, respectivamente, pero en el fondo, ambas buscan al buen ciudadano. Un sujeto puede entrar al Estado jurídico y permanecer en el estado de naturaleza ético.

Critica la solución contractualista de la ética del auto-interés, precisamente, por su componente particularista: el interés propio de quien es abocado a hacer el

contrato, puesto que con este se establecen la instrumentalización y la estrategia como componentes legítimos de la unión, lo que va en contravía de la concepción kantiana de la dignidad del hombre:

“Ahora yo digo: el hombre, y en general todo ser racional, existe como fin en sí mismo, no sólo como medio para usos cualquiera de esta o aquella voluntad; debe en todas sus acciones, no sólo las dirigidas a sí mismo, sino las dirigidas a los demás seres racionales, ser considerado siempre al mismo tiempo como fin, (...)”. (Kant, 1996: 44.)³

Para el caso de la propiedad, que es un derecho propio del hombre, en tanto este lo requiere para proveerse de todo aquello que necesita para conservarse vivo, (primera ley de la naturaleza), en el estado de naturaleza, la propiedad tiene como característica ser provisional, es de recordar que el disfrute y el límite de tal derecho están sujetos a la capacidad de defensa de quien se apropia, es decir, de aquél que toma para sí algo de la naturaleza dada en común a todos, excluyendo al resto de la humanidad de su beneficio.

3.1 Los elementos iusnaturalistas

Aquí se considera la propuesta kantiana del contrato, como una propuesta no clásica del contrato social o como una propuesta del contrato social de tipo crítico y no como de dudoso contractualismo, como lo afirma la profesora Adela Cortina (Cortina, 1989). Ello porque en la propuesta de Kant, la ley positiva es muy importante para la nueva forma de organización de los hombres, porque con la ley, la propiedad transitoria, del estado de naturaleza, pasa a ser propiedad perentoria en el Estado civil o jure.

3.2 El Plan oculto de la Naturaleza

En su texto *Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita* (1784), el autor muestra en los nueve principios que componen dicho texto, un plan oculto de la Naturaleza respecto a la humanidad en sentido universal, el cual la guía siempre a mejor, y del cual, no se puede desligar ninguna acción humana, puesto que éstas se encuentran determinadas conforme a leyes universales de la Naturaleza

3 “Nunsageich: der Mensch, und überhaupt jedes vernünftige Wesen, existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloß als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muß in allenseinen, sowohl auf sich selbst, als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden”. <http://irwish.de/PDF/Immanuel%20Kant%20-%20Grundlegung%20zur%20Metaphysik%20der%20Sitten.pdf> Pág. 73. Tomado el 21 de nov. 2013.

(Kant, 1987: 4). Lo interesante de este progreso es identificarlo en el bloque de la humanidad, ahí se ve lento, pero en una “evolución progresiva”, puesto que si se intenta mirar en los individuos de la especie, tal progreso no se presenta ante los ojos de quien tiene la pretensión de descubrirlo. Es por esta razón, que el profesor Roberto Rodríguez Aramayo, se refiere a Kant el “adaliid del utopismoucrónico” (Kant, 1987: XXXIV).

No estaba equivocado Hobbes al darle al hombre la tendencia natural e insaciable del desear, lo que lo trasforma en un eterno deseante, y tal carácter es lo que alimenta sus disputas y constantes enfrentamientos. Con la salvedad, que mientras en Hobbes el Estado reprime hasta la mínima expresión de tal tendencia, en Kant es fundamental para dinamizar el progreso. Para este autor, los hombres como miembros de la humanidad, y como criaturas naturales tienen el deber, en términos de una teleología de la Naturaleza, a “desarrollarse –cada uno- alguna vez completamente y con arreglo a un fin” (primer principio). Para que los hombres como individuos desarrollen todo su potencial, la Naturaleza se vale de la disposición de Antagonismo (principio cuarto) o de la insociable sociabilidad de los hombres, disposición que se convierte en la única razón para el orden legal de la sociedad. Kant lo expresa así:

“El hombre tiene una tendencia a socializarse, porque en tal estado siente más su condición de hombre al experimentar el desarrollo de sus disposiciones naturales. Pero también tiene una fuerte inclinación a individualizarse (aislarse), porque encuentra simultáneamente en sí mismo la insociable cualidad de doblegar todo a su mero capricho y, como se sabe propenso a oponerse a los demás, espera hallar esa misma resistencia por doquier”. (Kant, 1987: 9).

Tal resistencia es precisamente, el motor que permite despertar todas las fuerzas del hombre, es aquello, que lo impulsa a colocarse en una posición de ventaja y superioridad frente a sus iguales. A diferencia de Locke, para quien los hombres se hallan juntos por un vínculo de amor por ser de la misma especie, el individuo kantiano solo soporta la presencia de los otros, porque sabe que sólo por la resistencia y oposición que estos le presentan, él puede cumplir con el deber natural de desarrollar todas sus disposiciones naturales, es decir, sus talentos. (Kant, 1987: 11)⁴.

Aquella tendencia natural a doblegar el ánimo del otro es para Kant un problema de la especie humana, al cual la Naturaleza le ha dado una salida al hombre: conformar

4 “(...): tal y como los árboles logran en medio del bosque un bello y recto crecimiento, precisamente porque cada uno intenta privarle al otro del aire y el sol, obligándose naturalmente a buscar ambas cosas por encima de sí, en lugar de crecer atrofiados, torcidos y encorvados como aquellos que extienden caprichosamente sus ramas en libertad y apartados de los otros; de modo semejante, toda la humanidad, así como el más bello orden social, son frutos de la insociabilidad, en virtud de la cual la humanidad se ve obligada a autodisciplinarse y a desarrollar plenamente los gérmenes de la Naturaleza guiados a tan imperioso arte”

la sociedad civil para que esta administre el derecho de manera universal (principio quinto). Esta sociedad civil, en la cual los individuos sujetos a las leyes civiles pueden disfrutar de su libertad, en medio del antagonismo generalizado entre todos los hombres, precisamente, porque saben que para ello cuentan con la protección y los límites de tal libertad, que tiene la finalidad de la coexistencia encarnada en la constitución civil, que por principio, debe ser concebida como perfectamente justa.

3.3 Propuesta contractualista crítica

El contractualismo no clásico de Kant inicia desde la aplicación misma del esquema del contractualismo tradicional (clásico), es decir, estado de naturaleza y Estado civil o contrato social. Todo este trayecto el autor lo hace de manera diferente, sin salirse de los dos contextos. Para este artículo se tendrán como referencia dos textos políticos kantianos, ellos son: *Teoría y Práctica (T y P, 1793)* y la primera parte de *Metafísica de las Costumbres (MdC, 1797)* Primera Parte sobre Principios Metafísicos de la Doctrina del Derecho.

Kant diferencia dentro del estado de naturaleza un estado jurídico y otro ético, el que interesa para efectos del contrato originario es el estado de naturaleza jurídica, porque este permite el tránsito al Estado civil, lugar por esencia del Derecho, y por ende de la justicia distributiva, mientras que el otro muestra el camino propio de la Doctrina de la virtud. El estado de la naturaleza jurídica carecía de la justicia distributiva, lugar en el cual conservar lo “mío y lo tuyo” de manera segura, para disfrutarlo tranquilamente era imposible, pues el libre arbitrio, propio de cada sujeto racional, lo autorizaba a desdibujar tales límites de la propiedad cuando la oportunidad se presentara, así como no existía la mutua obligación de reconocimiento de la propiedad privada y del propietario en todos y para cada uno.

De tal manera que todos y cada uno a la vez podían hacer uso de la violencia si así lo quisieran, pues, no había una obligación real de abstenerse de atentar contra la propiedad de otro. En tanto, el único límite era el fuero interno del hombre, un lazo débil para hacer justicia a favor de otro (una posible víctima). De este Estado, plagado por el derecho privado transitorio, surge un postulado a priori para el derecho público (la propiedad perentoria), que le permite a los sujetos racionales hacer el tránsito de dicho estado carencial hacia el Estado jurídico, éste reza: “En una situación de coexistencia inevitable con todos los demás deber pasar de aquel Estado a un Estado jurídico, es decir, a un Estado de justicia distributiva” (Kant, 1989: 137). Se hace necesario salir de semejante estado y ponerle límites a la libertad exterior, salvaje, la que usa a capricho cada uno, y buscar la seguridad que todos requieren estableciendo el contrato originario. Este, según Kant “(...) el único sobre el que se puede fundar entre los hombres una constitución civil”.

(Kant, 2006: 36). Es una constitución republicana; es decir, que sólo a través de dicho contrato, puedan conseguir la justicia distributiva, que les dé jurídicamente seguridad sobre sus propiedades ya adquiridas, en el estado de naturaleza jurídico. Dicha justicia distributiva no determina la propiedad sólo la garantiza.

Este *contractus originarius* o *Pactum sociale* (no de sujeción, criticando el pacto hobbesiano) en tanto la:

“ (...) coalición de cada voluntad particular y privada, dentro de un pueblo, para construir una voluntad comunitaria y pública (con el fin de establecer una legislación, sin más legítima), se trata de una mera idea de la razón, que tiene sin embargo, su indudable realidad (práctica), a saber la de obligar a todo legislador a que dicte sus leyes como si⁵, estas pudieran haber emanado de la voluntad unida de todo el pueblo, ya que considera a cada súbdito, en la medida en que éste quisiera ser ciudadano, como si hubiera expresado su acuerdo con una voluntad tal” (Kant, 2006: 36-37).

Esta es la formulación de la autonomía pública, por la cual, los pueblos se constituyen en Estados como resultado de un acto libre.

Hay varios elementos en este pasaje que precisan detenerse en él. Ya se había advertido que el postulado del fundamento del derecho público es a priori, ahora Kant advierte que el contrato originario es una mera idea de la razón que tiene realidad, también al referirse al legislador, dice, que este debe dictar las leyes como si estas hubieran emanado de la voluntad unida de todo el pueblo. Estos elementos diferencian a Kant de los contractualistas como Hobbes, Locke y Rousseau. El primero de ellos es la razón como fuente de principios a priori, que permiten la coexistencia de las voluntades unidas, a una sola voluntad, dejando lo empírico por fuera, por ser más difícil de llegar a unificarlas, puesto que lo empírico toma su contenido de las pasiones individuales humanas, y el segundo es la universalidad.

La razón es la única que siendo la misma, a diferencia de las pasiones, en todo ser racional, puede dirigir las acciones humanas para conformar un reino de los fines, que permita en cada uno y en todos, al mismo tiempo, disfrutar de la legalidad; es decir, del Derecho positivo, que el hombre requiere cuando vive con los demás para asegurar su propiedad.

Por tal motivo, y a diferencia de la conformación de la voluntad general de los contractualistas, para quienes es suficiente un grupo considerable de hombres que

5 Subrayado del autor. Por su alto carácter de supuesto dentro de la argumentación de Kant al respecto de la figura del legislador. Y porque el consenso aunque se requiere para la construcción del Estado, no se da por consulta o reunión, como en Locke y Rousseau, sino bajo la Teoría del como sí, apelando a la razón universal de los hombres.

pacten para que éste sea legítimo, Kant presenta como necesario un tránsito del estado de naturaleza de toda la humanidad hacia el contrato originario, porque de lo contrario toda adquisición, es decir, la propiedad privada seguiría siendo provisional. (Kant, 1989: 84).

En su texto de Ideas (1784), ya había advertido que el mayor problema para la especie humana, y a cuya solución le fuerza el estado de naturaleza, es la instauración de la sociedad civil, que administre universalmente el derecho. Por un lado, para solucionar el problema de la seguridad poniéndole límites por medio de las leyes, que los obliguen a reconocer la propiedad privada de los otros, asumiendo la mutua exigencia de abstenerse de la propiedad ajena.

Y por otro lado, solo en el terreno de lo jurídico, las inclinaciones que antes eran fuente de inseguridad, aquí “(...) producirán el mejor resultado (...), toda la cultura y el arte que adornan a la humanidad, así como el más bello orden social, son frutos de la insociabilidad, en virtud de la cual la humanidad se ve obligada a auto-disciplinarse (...)” (Kant, 1987: 11), todo ello en aras de cumplir su tarea de ir en un continuo progreso.

3.4 Kant y la propiedad

El estado de naturaleza jurídico, se caracteriza, precisamente, porque no existe la justicia distributiva, igual que en el estado de naturaleza lockeano, porque esta justicia es propia del Estado civil, la que resulta del establecimiento del derecho público, el cual sólo sirve para proteger el derecho privado.

Si bien la propiedad es un derecho del hombre, en tanto que este requiere de aquél para proveerse de todo lo que necesita para conservarse vivo, (primera ley de la naturaleza), y en el estado de naturaleza jurídico, la propiedad tiene como característica ser provisional, es de recordar que el disfrute y el límite de tal derecho están sujetos a la capacidad de defensa de quien adquiere el bien; es decir, de aquél que lo toma para sí, excluyendo al resto de la humanidad de su beneficio.

Teniendo presente el postulado jurídico de la razón práctica, que reza: “*Es posible tener como mío cualquier objeto exterior de mi arbitrio; (...), un objeto de mi arbitrio tendría que ser en sí (objetivamente) un objeto sin dueño (res nullius).*” (Kant, 1987: 56. 78). La prueba que acompaña este postulado para la proposición §13, afirma que “Todo suelo puede ser adquirido originariamente y el fundamento de la posibilidad de esta adquisición es la comunidad originaria del suelo en general.” Esto porque en el estado de naturaleza jurídico:

“Todos los hombres están originariamente (es decir, antes de todo acto jurídico del arbitrio) en posesión legítima del suelo, es decir, tienen derecho a existir

allí donde la naturaleza o el azar los ha colocado (al margen de su voluntad). Esta posesión (*possessio*), que difiere de la residencia (*sedes*) como posesión voluntaria y, por tanto adquirida y duradera, es una posesión común, dada la unidad de todos los lugares sobre la superficie de la tierra como superficie esférica; (...) –la posesión de todos los hombres sobre la tierra (...) es una posesión común originaria (*communiopossessionis originaria*)”. (Kant, 1987: 78).

Es precisamente, en la indeterminación con relación a la cantidad y a la cualidad de la cosa, a la que se someta la adquisición, que Kant ve el problema central en el estado de naturaleza jurídico, además de difícil resolución dentro de dicho contexto; por ello ofrece como salida el contrato originario, es decir, el contrato social, que si bien resuelve el problema de la provisionalidad de la propiedad transitoria convirtiéndola en propiedad perentoria o definitiva, esta debe incluir a toda la humanidad y no a un grupo de ella.

Si bien, todos los hombres tienen la *possession* común sobre el suelo, es su arbitrio, su deseo de doblegar al otro a su propio capricho, lo que los conduce, por naturaleza al enfrentamiento inevitable, por lo cual, solo tienen una salida, la que está fundada en el deber, es decir, salir de dicho estado e ingresar al Estado civil.

3.5 Elementos de teoría de la argumentación. La fuerza argumentativa de la metáfora: el concepto de contrato

Los contractualistas justifican el establecimiento del Estado, mientras que los iusnaturalistas se dedican a explicarlo, pero ambas corrientes de la Filosofía del Derecho lo hacen recurriendo a los constructos teóricos del estado de naturaleza y del Contrato Social (o Pacto en el caso de Hobbes), para legitimar, en última instancia la autoridad y la fuerza legítima utilizada como recurso por el Estado, la que garantiza el disfrute de tales derechos positivizados. Es en la idea del Contrato en la que se establece y expande en occidente la idea del Estado moderno, con sus tres elementos constitutivos: población definida, territorio delimitado y soberanía o poder político, (Vallès, 2010) autorizando el uso de la coacción por una autoridad definida y reconocida o autorizada, además de la centralización de la administración pública. Tales metáforas siguiendo la clasificación de los elementos metodológicos tomados del trabajo del profesor Perelman, que sirven para darle legitimidad y justificación al Estado y a su actuación, se convierten en estrategias argumentativas para legitimar el origen de la autoridad centralizada, además de darle un origen legítimo a la positivización de los derechos naturales, los que deben ser reconocidos para todos los hombres en su calidad de seres naturales y racionales, entre ellos al derecho natural a la conservación de toda adquisición.

Kant no apela a los convenios, ni a las mayorías para poder descubrir la posibilidad de universalización de una máxima, que le permita a los seres racionales salir de

tal estado precario; sólo basta recurrir al imperativo categórico (mandato incondicionado), y si luego de que cada sujeto ha hecho tal ejercicio; para el cual está capacitado todo el género humano, si su máxima resulta ser correcta, en la cual no caben excepciones, entonces ésta es adoptada, de lo contrario se abandona.

Este autor considera que el surgimiento del Derecho en el Estado, es la consecuencia lógica cuando los hombres entran al Estado jurídico, es su finalidad. Por ello, sus apreciaciones sobre el total respeto a la ley, sólo por ser ella lo que es, lo que representa (orden y libertad), dicho respeto debe alcanzar a quien administra el Estado, esto se comprende como parte del rigorismo kantiano, puesto que el autor considera como una contradicción que la constitución contenga una ley que la pueda hacer desaparecer. Cabe resaltar que Kant acepta la imperfección no solo del gobernante sino de la misma ley, precisamente, no sólo porque son figuras construidas por la razón humana sino porque es preferible que ambas existan imperfectas a que no existan.

3.6 Disociación nocional. Desde una solución práctica: la Dilucidación en el tiempo

Siguiendo la tesis central de Perelman, (Perelman, 1989), todo el pensamiento filosófico nuevo resulta, en lo que tiene que ver con su aspecto fundamentalmente original, de la disociación de nociones, en lo que se denomina esfuerzo de resolver los problemas que la filosofía presenta. Por lo que la disociación nocional queda:

T I = Estado civil (Estado jure)

T II= estado de naturaleza (estado de facto)

Se limitará esta disociación al estado de naturaleza jurídico, definido como el lugar de lo preferible, para los contractualistas incluyendo la teorización kantiana, y ello es claramente expresado cuando se habla del Estado como el único ente que puede garantizar seguridad a sus ciudadanos o súbditos en el caso de Hobbes, en otras palabras, es el lugar que puede en última instancia impartir Justicia a través de la Ley, única herramienta universal y reconocida por todos para dicho fin, en este caso, la Justicia de tipo distributivo. Para Kant la disociación nocional queda así:

T I = Derecho civil, la ley, como producto de la Razón:
del a priori y del imperativo categórico

T II= Derecho civil, la ley como producto de la voluntad
y consenso humano

En T I, se encuentra la Justicia, es decir, la acción en concordancia con la ley, que requieren los sujetos para asegurar sus bienes de manera perentoria, lo que para Kant debe abarcar a la humanidad en su conjunto, porque como ya se vio no se puede hablar del derecho de propiedad en sentido particular, si en dicho reconocimiento que hace el derecho público no se involucra la humanidad entera. Solo así se puede hablar de propiedad perentoria de lo contrario, si se hace bajo la tutela de T II, bajo un derecho producto de la voluntad humana, del consenso, la propiedad seguirá teniendo el carácter de transitoria y se seguiría estando en un estado de naturaleza jurídico.

Finalmente, Kant introduce la idea de un acuerdo internacional entre naciones, que sería la culminación de la aplicación de los principios de la razón a la sociedad humana. Si se recogen todos estos matices, la figura completa de la disociación nocional con la pareja respecto al punto de vista, una variación de la pareja filosófica, quedaría así:

TIC=Sociedad de estados republicanos Regulados
por la ley positiva republicana

TIB= protección: Justicia distributiva, propiedad
perentoria, libertad sujeta a la norma única= TIIC

TIA= Ley positiva (constituye el contrato civil) = TIIB

T I =Estado civil= contrato social basado en principios a priori de la Razón
(en cada Estado) =TIIA

T II= estado de naturaleza no jurídico: Violencia por la tendencia a doble-
gar a los otros, propiedad transitoria, libertad salvaje, autogobierno

Kant afirma que la necesidad que todos los hombres tienen de proteger sus bienes, es la que le impulsa a buscar el único medio la Ley, y como correlato lógico su vida, su libertad en sentido republicano (no sujeto a otra voluntad) y a la seguridad como consecuencia de la justicia a la cual considera como un derecho y la que ha de restablecerle cualquier infracción a su propiedad. Esto explica el por qué el Estado kantiano surge solo como protección de la propiedad, derecho privado, porque este es el fundamento y le da la existencia al derecho público, es decir a TI.

TII, es el estado de naturaleza o estado de facto, lleva consigo violencia, por el autogobierno, y la transitoriedad de la propiedad, y aunque la violencia es legítima

y no es injusta, porque no hay un referente de justicia para todos, sino que cada uno tiene su criterio de qué es lo justo para sí, se convierte en un estado inseguro, ambiente en el cual no se puede disfrutar de los bienes, ni de la vida, la ley en TII, se hace fundamental para que se decida cada ser humano a salir de tal estado de carencia, y pasar a TI, y ser acogido por la ley, requisito que posibilita el disfrute de tales derechos naturales.

4. CONCLUSIÓN. EL CARÁCTER DE PROPIEDAD ENTRE EL TRABAJO Y LA OCUPACIÓN

Tanto para Locke como para Kant, la existencia del Estado se justifica únicamente porque la conservación de la propiedad personal, con la aparición del derecho positivo se convierte en su fin último. La diferencia entre ambos autores, acerca del carácter definitivo o perentorio de los bienes y riquezas, está en que para Locke es necesario que se presente el trabajo como señal de posesión, sólo así el discurso jurídico puede legítimamente, dar el título de propietario sobre una determinada posesión, mientras que para Kant solo es suficiente con el título de primer ocupante, en tanto la señal del trabajo puede reemplazarse por otras y no tan penosas.

4.1. Locke y el trabajo como principio de legitimidad de los bienes

El trabajo constituye en Locke (Locke, 1992: 29), la principal característica de la adquisición de la posesión, es decir, su titularidad, la otra es la defensa que ella demanda de su poseedor. En tanto éste es el sello o el mecanismo por el cual, los hombres transforman la propiedad original del mundo, de la cual todos son sus *commoners*, y aparece la propiedad privada, en tanto, a través del trabajo el hombre imprime algo de sí mismo a la posesión y por ello la hace suya.

El autor parte del principio de abundancia de los recursos naturales, en el estado de naturaleza, razón por la cual, los hombres no se enfrentan por estos, precisamente porque no son escasos, porque los límites de la posesión no solo están representados por el trabajo y la satisfacción de la necesidad, sino también por la ley de la naturaleza. El conflicto que es social y pre-político surge por la injusticia (en términos de violencia) generada, en el estado de naturaleza, por la falta de una ley imparcial, que permita una correspondencia entre la infracción y la sanción, el problema de los hombres en tal estado era que aplicaban la pena máxima a cualquier infracción aplicando venganza y no justicia, lo que falta es “un órgano que aplique las leyes” (Fernández, 1992: 22), y así se pueda garantizar la justicia.

La necesidad es una categoría que no solo le sirve a Locke en su propuesta política (1690) como límite para la apropiación de recursos, los que se necesitan para vivir

confortablemente, sino también en su propuesta de discusión económica. En sus Escritos monetarios (1692 y 1696), Locke hace de la necesidad la noción central que regula el mercado. Esta es la que otorga carácter de legitimidad a la apropiación, y a la vez le asegura al ciudadano en términos de seguridad ser protegido por el Estado, el cual sólo existe como administrador, solo ratifica la propiedad privada generada originalmente por el trabajo y la necesidad, a través del derecho positivo.

4.2. Kant y la ocupación del primer ocupante como principio de la propiedad

La ocupación es el medio por el cual se “adquiere originariamente un objeto exterior al arbitrio” (Gaiada, 2008: 15), dicha posesión se conserva hasta donde esta pueda ser defendida, por quien de manera unilateral ha determinado que dicho objeto sea suyo, esta forma de posesión fenoménica o de la cosa exterior (posesión física) tiene la dificultad de aún no ser representada como una posesión propia, alejada de la posible adquisición por otros, por lo que se requiere una noción de posesión neuménica, intelectual, que separe lo tuyo y lo mío, y tal tránsito solo lo posibilita el establecimiento del Estado jurídico.

En el estado de naturaleza impera el derecho privado, por lo que el Estado jurídico, solo tiene existencia en la medida en la que surge el derecho público que pueda garantizar dicho derecho privado. Es justo aquí donde se requiere de lo que Kant denomina “una voluntad realmente unificada de modo universal con vistas a la legislación” (Kant, 1989: 81), la que solo tiene lugar en el Estado civil. Es decir, en las leyes que le determinen a cada uno sus propiedades y excluyan definitivamente a todos los demás de ellas, sin la necesidad de que el poseedor las lleve siempre consigo. El acto jurídico establece el reconocimiento de la posesión ya como propiedad de un determinado propietario, excluyendo y dando obligaciones para los demás, con respecto a dichos bienes.

En su *Metafísica (MdC)* Kant con relación a la propiedad y a la justicia trae dos asuntos: primero acerca de la forma de la propiedad privada, esta solo es para el pueblo no para el jefe supremo, y segundo, solo donde hay derecho público; es decir, en el Estado civil, puede hablarse de justicia distributiva, por lo que es erróneo tratar de injusta la situación presentada en el estado de naturaleza, cuando allí solo hay despliegue de libertad exterior sin ley, y los hombres no son injustos sino “*lo que vale para uno vale para el otro*” (Kant, 1989: 138). Luego de estas aclaraciones, es necesario adentrarse en un tema espinoso las razones para la acumulación de los bienes.

En su texto de *Teoría y Práctica*, Kant hace un par de observaciones para entender la desigualdad en la adquisición de la propiedad. Ambas tienen que ver con los principios a priori, considerados en un Estado jurídico o civil, como los son: (i) la libertad de cada miembro de la sociedad, en cuanto hombre, (ii) la igualdad de éste

con cualquier otro, en cuanto súbdito y (iii) la independencia de cada miembro de la comunidad, en cuanto ciudadano (Kant, 2006: 27-31). La primera observación está relacionada con el segundo principio “la igualdad de este con cualquier otro, en cuanto súbdito”, afirmando:

“(...) Puede transmitir por herencia todo lo demás que es cosa (lo que no concierne a la personalidad), lo que como propiedad pueda él adquirir y enajenar, produciendo así en la serie de descendientes una considerable desigualdad de situación económica entre miembros de la comunidad (entre el asalariado y el arrendatario, el propietario y los peones agrícolas); pero no puede impedir que estos, si su talento, su aplicación y su suerte lo hacen posible, estén facultados para elevarse hasta iguales posiciones.(...)”.

Aquí hay una similitud con la noción de libertad de Locke, este la entiende como “el derecho que tienen los hombres para conducirse y disponer de sus bienes como les convenga” (Kant, 1987). Disposición que da origen a la herencia, como una de las maneras, de fomento de las desigualdades económicas, dentro de los Estados jurídicos, en los que está la justicia distributiva. A través de las herencias, las posesiones se pueden acumular en algunas manos, con la salvedad de que no impidan a otros la acumulación por otros medios como la suerte, el talento o la disciplina.

La segunda observación está relacionada con el tercer principio a priori “la independencia de cada miembro de la comunidad, en cuanto ciudadano”. Aquí hay dos asuntos a revisar, el primero está relacionado con el segundo principio, el de la igualdad; para Kant el ciudadano es aquel hombre dueño de sí y de “alguna propiedad (incluyendo en este concepto toda habilidad, oficio, arte o ciencia) que le mantenga” (Kant, 2006: 34), ello con la salvedad de hacer la marcada diferencia entre los meros *operarii* y los *artífices*, los primeros son los del “servicio doméstico, el dependiente del comercio, el jornalero e incluso el peluquero”, quienes están al servicio, no son miembros del Estado y tampoco están cualificados para ser ciudadanos, mientras los segundos, los *artífices*, son aquellos fabricantes como los artistas, son los *sui iuris*, su propio señor, no están al servicio de nadie. Tal diferenciación es compleja aún para el propio autor, quien lo expresa así: “(...). *Es algo difícil —lo confieso— determinar los requisitos que ha de satisfacer quien pretenda la posición de un hombre que sea su propio señor*”. (Kant, 2006: 34).

A pesar de la dificultad, Kant para los ciudadanos cualificados como tales deben ser miembros del Estado, además de ser propietarios o son estos precisamente porque son los otros, tal vez porque esta condición le asegura al Estado la participación política de sus ciudadanos, los responsables a la hora de la toma de decisiones. Para Locke en términos de auto-interés, para Kant en términos del a priori y lo universal. Es de resaltar el importante papel que juega la construcción de la ley de equidad pública, esta es determinada no por los votos que tienen el peso de las pro-

piedades, lo que haría unos votos más valiosos que otros, sino que lo haría la totalidad de los propietarios, por el solo hecho de serlo sin medir sus propiedades. Tal ley de equidad pública debe estar consentida por todos los propietarios en un acuerdo, el *contractus originarius* o *pactum sociale*, porque de lo contrario se daría un “conflicto jurídico” entre quienes están de acuerdo con ella y los que no, dificultando el establecimiento de una constitución civil universal, es decir, sin excepciones.

El segundo asunto a revisar no está en el plano de la dificultad sino en el de la falta de desarrollo teórico, esta tiene que ver con la pregunta que Kant se hace al respecto de la legalidad de lo que se puede denominar como acumulación: *¿cómo pudo ocurrir legalmente que alguien se haya apropiado de más tierra de la que puede explotar con sus propias manos?*, y *¿cómo ocurrió que muchos hombres, que de otro modo hubieran podido adquirir todos ellos unas posesiones estables, se ven con eso reducidos al mero servicio de los anteriores para poder vivir?*. (Kant, 2006: 35). Ya se advertía que un medio de la acumulación es la herencia, acción mediante la cual se puede pasar a los demás las cosas, no obstante, por la falta de explicación de Kant, la concentración de bienes al igual que su cantidad en términos de abundancia o escasez⁶ de los recursos, como acción inicial queda a la imaginación, no así en Locke, quien se detiene tal como se vio en apartados anteriores, para explicar teóricamente la acumulación a través del surgimiento del dinero y del mercado, éste movido por la necesidad como categoría central de la economía de mercado

5. BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- Berlin, I. (1998). Cuatro ensayos sobre la libertad. Alianza editorial, Madrid.
- Cassirer, E. (1956). El problema del conocimiento. En la filosofía y en la ciencia modernas. Fondo de cultura económica, México, v. 2.
- Chevallier J.J. (1980). Los grandes textos políticos. Desde maquiavelo a nuestros días. Aguilar, Madrid.

6 BERTOMEU en su artículo *De la apropiación privada a la adquisición común originaria del suelo. Un cambio metodológico “menor” con consecuencias políticas revolucionarias*, afirma al respecto, que por el contrario, la escasez es la fuente de enfrentamiento de los hombres propietarios transitorios en el estado de naturaleza de Kant, y hace tal afirmación, precisamente porque según su lectura, el autor no hace referencia a la abundancia de los recursos ni siquiera en términos de ilimitación de su existencia. (Universidad Nacional de la Plata, Argentina, Revista Isegoría, N° 30, pp. 127-134, 2004. Pág. 5-6). Afirmación que por estar basada en supuestos de la autora no funciona dentro de la argumentación kantiana, porque la autora coloca en palabras de Kant, argumentos de su autoría, por lo que no comparto su lectura, del autor.

- Danblon, E. (2005). *La fonction persuasive Anthropologie du discours rhétorique: origines et actualité*, Armando Colin, Paris.
- George, R. (1978). *Europa en el Siglo XVIII, La aristocracia y el desafío burgués*. Alianza Editorial, Madrid.
- Gómez Caffarena, J. (2010). *Diez Lecciones sobre Kant*. Mínima Trotta, Universidad Pontificia de Comillas.
- Kant, I. (2001). *La Religión dentro los límites de la mera Razón*. Alianza, Madrid. Traducción castellana de Felipe Martínez Marzoa.
- _____. *Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita (1784) y otros escritos sobre filosofía de la historia*. Tecnos, Madrid, 1987.
- _____. *Replanteamiento de la cuestión sobre si el género humano se halla en continuo progreso hacia mejor (1797)*. En: *Ideas*.
- _____. *Antropología Práctica (1785)*, Tecnos, Madrid, 1990. Edición castellana de Roberto Rodríguez Aramayo.
- _____. (1998). *Filosofía de la historia*. F.C.E., Santafé de Bogotá.
- _____. (1989). *Metafísica de las costumbres*. Tecnos, Madrid.
- _____. (1996). *La Paz Perpetua*. Porrúa, México.
- _____. *Teoría y Práctica (1793)*. (2006). En torno al tópico: "Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica". Tecnos, Madrid.
- Locke, J. (1997). *Ensayo sobre el gobierno civil*. Editorial Alba, Madrid.
- _____. (1970). *Carta sobre la tolerancia y otros escritos*. Grijalbo, México.
- _____. *Escritos monetarios. (1692 y 1696)*. (1999). Ediciones Pirámide, Madrid.
- Mpherson, C. B. (1970). *La teoría política del individualismo posesivo*. De Hobbes a Locke, Barcelona.
- Muguerza, J. y Rodríguez A, R. (1988). *Kant después de Kant*. En el bicentenario de la crítica de la Razón Práctica, Instituto de Filosofía, C.S.I.C., Tecnos, Madrid.
- Santillán, J. F. (1992). *Locke y Kant, Ensayos de filosofía política*, Fondo de Cultura Económica, México.
- Santos, Boaventura de Sousa. (2005). *El milenio huérfano. Ensayos para una nueva cultura política*. Editorial Trotta, Madrid.
- Serrano G., E. (2004). *La insociable sociabilidad. El lugar y la función del derecho y la política en la filosofía práctica de Kant.*, Anthopos Editorial, Barcelona.
- Vallés, J. (2010). *Ciencia Política. Una introducción*. Alianza Editorial, Barcelona.
- Valenzuela P, Wilson A. (2008). *El racionalismo político en John Locke*. Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, Tunja.

CAPÍTULOS DE LIBRO

- Cortina O, A. El contrato social como idea del estado de derecho. El dudoso contractualismo de I. Kant. En: Kant después de Kant. Javier Murguerza(Coord.), Tecnos, Madrid, 1989
- Fetscher, I. (1995). La ilustración en Francia. En: historia de la teoría política. Fernando Vallespín Oña, Alianza, Madrid.
- RodríguezAramayo, R. (1987). Estudio preliminar: El utopismoucrónico de la reflexión kantiana sobre la historia. Ideas para una historia universal en sentido cosmopolita (1784) y otros escritos sobre filosofía de la historia. Immanuel Kant. Tecnos, Madrid.
- _____. La Revolución asintótica. (2006). En: Teoría y Práctica (1793). En torno al tópico: “Tal vez eso sea correcto en teoría, pero no sirve para la práctica”. Tecnos, Madrid.
- RubioCarracedo, J. (1988). El influjo de Rousseau en la filosofía práctica de Kant. En: Esplendor y miseria de la ética kantiana. (Cord.) Esperanza Guisán, Anthropos, Barcelona.

ARTÍCULOS DE REVISTA:

- Bertomeu, M. (2004). De la apropiación privada a la adquisición común originaria del suelo. Un cambio metodológico “menor” con consecuencias políticas revolucionarias. Revista Isegoría, Universidad Nacional de la Plata, Argentina, N° 30, pp. 127-134.
- Villacañas Berlanga, J. L. (2004). Kant desde dentro. Universidad de Murcia. España, ISEGORIA/30, pp. 67-90

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS:

- De Zan, J. (2005). Universalismo y particularismo en la ética de Kant. Tópicos. Versión *On-line* ISSN 1666-485X. Tópicos n.13 Santa Fe. Recuperado de: http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1666-485X2005000100004, 07-12-2014.
- Gaiada, M. Locke y Kant: críticas kantianas al derecho natural de propiedad y a la primitiva posesión común. Recuperado de: http://biblioteca.universia.net/html_bura/ficha/params/title/locke-kant-criticas-kantianas-derecho-natural-propiedad-primitiva-posesion-comun/id/55775402.html, 07-12-2013.

MANUSCRITOS OBTENIDOS DE LOS AUTORES:

- Villacañas Berlanga, J. L. (S.F). APÉNDICE. Sobre. CARL SCHMITT: EL FRACASO DEL LEVIATÁN Y EL FINAL DE ESTADO. Universidad Complutense de Madrid, Madrid, Manuscrito.
- _____. (S.F). Dificultades con la ilustración. Universidad de Murcia, España.
- Tugendhat, Ernst. (2006). El origen en el derecho y la moral. Seminario de Maestría. Transcripción de la Conferencia dictada, marzo 6, Instituto de Filosofía, U de A.



Título: Abundancia

Técnica: Fotografía

Año: 2014

LAS ÓRDENES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: SU PAPEL Y LÍMITES EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS*

* Este artículo hace parte de la tesis de investigación “El juez constitucional en la reparación del daño sufrido por las víctimas del desplazamiento forzado” presentada en la Maestría en Derecho Administrativo, Modalidad Investigación, en la Universidad Externado de Colombia, bajo la dirección del doctor Juan Carlos Peláez Gutiérrez, adscrita a la línea de investigación en Responsabilidad Extracontractual del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.

Fecha de recepción: mayo 9 de 2014

Fecha de aprobación: junio 10 de 2014

LAS ÓRDENES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: SU PAPEL Y LÍMITES EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS**

*Diego Armando Yáñez Meza****

RESUMEN:

La Constitución Política de 1991 en el catálogo de funciones que asigna a cada uno de los diferentes Poderes Públicos, enfrenta en la actualidad ámbitos de la actividad que desarrolla la Rama Ejecutiva, Legislativa y Judicial. Sin discusión alguna, la formulación de *políticas públicas* que tradicionalmente se reconoce como una competencia propia y exclusiva del primero, se ha visto influida por decisiones judiciales que no distinguen labor específica de intervención, en lo que podría constituir una desnaturalización o agotamiento de un esfuerzo de gobierno que, en ocasiones, debe acatar las palabras que pronuncia el Juez aunque dispongan medidas inadecuadas.

La Corte Constitucional es competente para interferir en el diseño, construcción, desarrollo y evaluación de *políticas públicas* porque la Constitución la habilita para ello bajo la función de protección efectiva de los derechos fundamentales. Sin embargo, no debe ser una función omnímoda, su papel necesariamente habrá de encontrar límites materiales que de no cumplirse le impiden afectar la agenda estatal. En esta investigación se postulan aquellos que habilitarían esta capacidad en el Juez constitucional.

Palabras Clave: poder ejecutivo, Juez, política pública, orden de tutela, límites.

THE CONSTITUTIONAL COURT ORDERS: THEIR ROLE AND LIMITS ON PUBLIC POLICY

ABSTRACT:

The Constitution of 1991 in the catalog of functions assigned to each of the different branches of government, is currently facing areas of activity that develops the executive, legislative and judicial. Without any discussion, the formulation of public policies which is traditionally recognized as a proper and exclusive jurisdiction of the first one, has been influenced by judicial decisions which do not distinguish specific intervention work, in what could be a distortion or exhaustion of an government's effort, which sometimes must follow the words pronounced by the Judge but have inadequate measures.

The Constitutional Court has jurisdiction to interfere with the design, construction, development and evaluation of public policies because the Constitution empowers it to do so under the function of effective protection of fundamental rights. However, it should not be an all-encompassing role, its role must necessarily find material limits, in case of non compliance will prevent the affectation or the state agenda. In this research we postulate those that would enable this capability to the constitutional Judge.

Key Words: executive branch, Judge, public policy, custody, limits.

** Artículo inédito. Este artículo hace parte de la tesis de investigación “El juez constitucional en la reparación del daño sufrido por las víctimas del desplazamiento forzado” presentada en la Maestría en Derecho Administrativo, Modalidad Investigación, en la Universidad Externado de Colombia, bajo la dirección del doctor Juan Carlos Peláez Gutiérrez, adscrita a la línea de investigación en Responsabilidad Extracontractual del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo.

*** Msc. en Derecho Administrativo, modalidad investigación, de la Universidad Externado de Colombia. Msc. en Derecho Procesal Contemporáneo de la Universidad de Medellín. Especialista en Derecho Público de la Universidad Externado de Colombia. Abogado de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. Miembro del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo y del Grupo de Investigación en Derecho Procesal de la Universidad Libre Seccional Cúcuta. En la realización de esta investigación fueron auxiliares de investigación Mónica Viviana Duarte Esteban, Jeferson Arley Castellanos Castellanos, Kelly Paola Villamizar Torrado y Andrés Manuel Silva Sánchez.

Correo electrónico: diego.yanez@unilibrecucuta.edu.co.

LAS ÓRDENES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL: SU PAPEL Y LÍMITES EN LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

INTRODUCCIÓN

El protagonismo del Juez en la realización de los derechos de las personas se muestra como una de las actividades del Estado más relevantes. En particular, si se trata de la figura del Juez Constitucional¹, las consideraciones se ensanchan generándose un cúmulo de sentimientos a favor y en contra de sus decisiones, las cuales en primera plana de los medios de comunicación se destacan como el impulso del Estado Social de Derecho² o el inicio de una tiranía de los Jueces³. Basta recordar la razón contenida en la Sentencia de Constitucionalidad 1433 del año 2000⁴, en donde la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de la Ley 547 del año 1999⁵, ordenó, aunque no explícitamente, sus efectos así se entienden, el ajuste salarial de los servidores públicos para el año 2000, en un deber jurídico que, según esta, había sido omitido por el Congreso y el Presidente de la República en el ejercicio de sus competencias y que debía ser saneado so

-
- 1 Se entiende como Juez constitucional no sólo la labor ejercida por la Corte Constitucional en el ejercicio del control de constitucionalidad de las leyes. Así mismo, se encuentran comprendidas en ésta estructura las decisiones que los jueces en ejercicio de su competencia de tutela profieren.
 - 2 Gaviria, Alejandro. “*La Corte Constitucional*”. *El Espectador*. Noticias. Bogotá. Diciembre 11 del 2010. Tomado de: <http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/articulo-239877-corte-constitucional>, abril 2 del 2012.
Uprimny, Rodrigo. “*La Corte Constitucional como Garante de la Democracia*”. *El Espectador*. Opinión. Bogotá. Marzo 1 del 2010. Tomado de: <http://www.elespectador.com/columna190596-corte-constitucional-garante-de-democracia>, abril 2 del 2012.
 - 3 Valencia Laserna, Paloma. “¿Justicia antidemocrática en Colombia?”. *El Espectador*. Opinión. Bogotá. Mayo 23 del 2011. Tomado de: <http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-272210-justicia-antidemocratica-colombia>, abril 2 del 2012.
Mejía Vergnaud, Andrés. “*Acción de tutela Vs costo fiscal: un camino de irresponsabilidad*”. *Ámbito Jurídico*. Bogotá. Junio 30 del 2011. Tomado de: [http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-11063011_\(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad\)/noti-11063011_\(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-11063011_(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad)/noti-11063011_(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad).asp), abril 2 del 2012.
 - 4 Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1433. Octubre 23 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Expediente: D-2780 y D-2804.
 - 5 Colombia. Congreso de la República. Ley 547. Diario Oficial No 43.827, de 23 de diciembre de 1999. “*por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiaciones para la Vigencia Fiscal del 1° de enero al 31 de diciembre del 2000*”.

pena de quebrantar el *principio de igualdad* y el *mínimo vital*, con efectos fiscales incuestionables sobre la meta propuesta por el Gobierno frente al déficit fiscal del sector público consolidado⁶.

Los extremos ideológicos son claros, de una parte, se le atribuye a la Corte Constitucional la calidad de antidemocrática al **i)** convertirse en ordenador del gasto, **ii)** interferir en las competencias propias del Poder Ejecutivo, **iii)** injerir en la política económica como labor consustancial del Congreso de la República, **iv)** afectar la gestión del Banco de la República **v)** obstaculizar la participación ciudadana y **vi)** aceptar que 9 personas, no elegidas por el voto popular, impidan decisiones ciudadanas apoyadas en millones de firmas a través de los candidatos que ha sido elegidos por el pueblo. Todas son razones que motivan afirmar que existe una dictadura de los jueces siendo esta la más despreciable y peligrosa de todas las posibles, ya que se trata de una minoría aristocrática que aplaca a las mayorías democráticas. Del otro lado, se destaca a la Corte como garante de la democracia, al **i)** ser un control que impide la perpetuidad en el poder en un momento político exacerbado, **ii)** evitar que las reglas electorales se modifiquen en favor del gobernante de turno, **iii)** frenar el empleo de medidas que silencien a los opositores y **iv)** garantizar la vigencia de la Constitución como guardián que de ella es.

1. OBJETO DE INVESTIGACIÓN

La consagración de un catálogo de funciones en la titularidad de las distintas ramas del Poder Público dada por la Constitución, en particular, frente a la formulación de políticas públicas, revela el encuentro de ámbitos de competencia que se enfrentan con un antifaz teórico de colaboración armónica en virtud de: **(i)** los poderes concedidos por el ordenamiento jurídico al Juez constitucional para la protección de los derechos fundamentales y **(ii)** la discrecionalidad en la determinación de las necesidades sociales otorgada al Ejecutivo para alcanzar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Una colisión de conceptos que se presenta por la necesidad de una redefinición de esa armonía que se predica constitucionalmente o por la resistencia a la debida comprensión sobre las funciones de los Poderes Públicos, las cuales tienen límites entre sí.

6 MORENO VELÁSQUEZ, Carolina. “Decisiones económicas de la Corte Constitucional. Estado Social de Derecho, economía y justicia constitucional: una trilogía compleja”. *Revista de Derecho Público. El impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la creación y el desarrollo del derecho*. N° 15, diciembre del 2002. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho y Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho. p. 292-333.

2. PROBLEMA JURÍDICO

¿Las órdenes que emite el Juez constitucional en el ejercicio de su competencia, que impactan la formulación de políticas públicas, involucra a todas las actividades que desarrolla el Estado sin límites materiales que deben comprobarse para hacer pertinente su intervención?

Se plantea el enfrentamiento, a manera de duelo, entre las órdenes que profiere el Juez constitucional y una función igualmente constitucional como lo es la formulación de políticas públicas bajo la dirección del Presidente de la República. Decisiones cuyo impacto sobre el tesoro público, de cara a su priorización y manejo, afectan indiscutiblemente su administración: al parecer, si en otrora el Juez no era más que aquel que pronunciaba las palabras de la Ley, como convidado de piedra, ahora es la administración quien debe acatar la agenda que el Juez le presente y en la forma como él lo disponga.

3. HIPÓTESIS

En la actualidad la Jurisprudencia constitucional interviene integralmente en el proceso de formulación de políticas públicas, a través de lo que se han denominado órdenes de tipo simple y complejo (lo cual puede considerarse extraño a una providencia judicial dado su impacto sobre la función ejecutar la Ley), cuestión que le compete identificar, en forma precisa, al Poder Ejecutivo conforme a la Constitución. De allí la necesidad del establecimiento de límites para esta intromisión, porque lo es, a partir del reconocimiento, a la vez, de competencia de la Corte Constitucional pero no en un sentido absoluto, como hasta ahora lo ha venido regulando en sus decisiones.

La Corte Constitucional es competente para emitir órdenes que impacten la formulación de Políticas Públicas previo el examen de ciertos elementos materiales que la habilitan para hacerlo, los cuales deben cumplirse en forma conjunta: **(i)** que exista declaratoria de un ECI sobre los hechos objeto de estudio en el caso; **(ii)** de no existir un ECI los hechos deben ser de tal entidad que éste ha de ser declarado en la decisión; **(iii)** debe tratarse de un problema constitucional que recaiga sobre sujetos que ostenten una especial protección constitucional; **(iv)** inexistencia de medidas de carácter positivo que se dirijan a remediar la prolongada violación de los derechos en concreto; **(v)** deben hacerse parte del proceso a todas las entidades sobre las cuales recaerían eventualmente ordenes simples o complejas.

4. POLÍTICAS PÚBLICAS: UN CONFLICTO DESDE LA TEORÍA DEL ESTADO Y ENTRE DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

4.1. RACIONALIZACIÓN EN EL EJERCICIO DEL PODER PÚBLICO, TRIDIVISIÓN DE PODERES

La Constitución Política de 1991, en su contenido articular, detalla una parte *dogmática*, una parte *orgánica* y, adicionalmente, un *catálogo de funciones* en atribución a distintas entidades, confiándoseles alcanzar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado. Los poderes constituidos son el mecanismo idóneo que el pueblo en ejercicio de la soberanía popular, que es distinta a la del monarca o de la soberanía nacional, decidió establecer para que como verdaderas Instituciones, irradiadas por la misma emisión de poder cada una de ellas, Poder Público, tuviesen igual grado de legitimidad frente a las decisiones que emitan, cualquiera sea la forma que ellas adopten.

El evolutivo resultado final que atrás se describe, se entiende bajo una primera teoría en la que el poder público es uno solo, en el que se encuentra comprendido todo ese conjunto de *actividades* que tienden a satisfacer los fines esenciales del Estado (aunque por el momento histórico no se comprendan en este término e involucre, en exclusiva, los deseos del gobernante), pero sobre las cuales no se tiene orden alguno. El Poder Público entendido desde éste extremo es rechazado por el constitucionalismo y evoca a la memoria el ejercicio unipersonal del poder.

Se descubre posteriormente, el creído punto de equilibrio y se divide el ejercicio de ese Poder Público, de forma radical, en tres partes: poder ejecutivo, poder legislativo y poder judicial. No podían existir intromisiones de uno sobre otro so pena de atentar contra la idea misma del Estado. Cada segmento debía tener delimitada claramente su función, la cual era diferenciable respecto de las atribuidas a las demás ramas del poder.

Estas posturas fueron morigerándose con el paso del tiempo dando origen a una probable tercera posición, en punto de encuentro de las dos anteriores o no, considerándose que al ser el origen de esa tridivisión el *Poder Público*, las ramificaciones que de él se desprenden no pueden perseguir objetos distintos. Si bien se juzgaban como Instituciones con funciones específicas ellas deben articularse para que conjuntamente se alcance el bien común, bienestar general, interés general y similares calificativos, hasta llegar a los fines esenciales del Estado.

El contexto del problema que se estima existe se enmarca en las tesis descrita, sobre alguna de ellas o simultáneamente, siendo de gran importancia determinar cuál de ellas se aplica en Colombia, en forma preliminar al problema jurídico objeto del

presente escrito. Así, el poder puede operar en tres formas: **i)** en unidad absoluta de funciones, bajo la titularidad de una sola institución, **ii)** en fraccionamiento extremo de funciones, en las tres ramas del poder público o **iii)** en ejercicio conjunto de funciones.

Es posible que las maneras como se expone, puede racionalizarse el ejercicio del poder público no sean las únicas. Al respecto, el ejercicio conjunto de funciones puede materializarse de dos maneras: en un **i)** *ejercicio conjunto de funciones sin límites*, caso en el cual los poderes interactúan existiendo intromisiones en las esferas de unos y otros, con el argumento de batalla en el ejercicio de una supuesta “colaboración armónica” como concepto que otorga un manto de legitimidad aceptable, o en un **ii)** *ejercicio conjunto de funciones con límites*, caso en el cual la “colaboración armónica” está presente, bajo ciertas premisas, que no la eliminan pero si la encauzan dentro de un ámbito competencial propio de una tridivisión de poder, de lo contrario ese apoyo no tendría sentido alguno, lo cual aleja la idea del ejercicio omnicompreensivo del mismo en uno solo y erradica caminos de irresponsabilidad frente a materias que corresponden por esencia a un poder en especial. Imaginemos a un Alcalde de la República que declara la nulidad de un acto administrativo mediante Sentencia, la sola idea resulta inconcebible pero si ayuda a entender que hay espacios inviolables y que de aceptarse intromisión alguna debe someterse tal acto a ciertas consideraciones que de ser superadas habiliten la invasión en el ejercicio de funciones.

En forma preliminar debe señalarse que la posición más adecuada en la materia se inclina sobre el último de los planteamientos. Solo con el establecimiento de límites es posible racionalizar el ejercicio del Poder Público para evitar su desviación y garantizar los derechos de las personas. Ineludible resulta la colisión entre las ramas de los poderes públicos porque las *actividades* a las que se ha hecho referencia, en todo caso, giran en torno a derechos y estructura del Estado, por lo que en la discusión siempre existirán estos extremos: de una parte, se hallarán unos órganos que considerarán poseer mayor legitimidad para decidir sobre determinado asunto y, de otro lado, un mandato que desde el artículo 2° constitucional atribuye al Estado y a las autoridades de la República, de manera genérica, una serie de funciones basadas en *conceptos jurídicos indeterminados* sobre los cuales esa tridivisión no puede concebirse en fraccionamientos radicales frente a la protección de los derechos humanos y la dinámica propia del poder. La Constitución es una hoja de ruta dinámica para la garantía de múltiples valores, principios y derechos, es en el recorrido de ese camino que han surgido estos extremos.

Desde la teoría del Estado se ofrecen soluciones al conflicto planteado dependiendo de la ideología propia de cada individuo, la posición que se presenta constituye una

variable más en el discurso del debate argumentativo, debiendo ahora evidenciarse la realidad a nivel constitucional para reforzar la que ahora se hace nuestra.

4.2 LA FUNCIÓN DE FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

La Constitución exige de la organización y estructura del Estado, en su artículo 113, autonomía e independencia al tiempo que colaboración armónica en los siguientes términos:

Son Ramas del Poder Público, la legislativa, la ejecutiva, y la judicial.

Además de los órganos que las integran existen otros, autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines. (Subraya fuera del texto original)

La delimitación funcional constitucional en materias como: la atención en salud y el saneamiento ambiental (art. 49), el fomento de las buenas relaciones laborales, contribución a la solución de los conflictos colectivos de trabajo y concertación de políticas salariales y laborales (art. 56), la internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas sobre bases de equidad, reciprocidad y conveniencia nacional (art. 226), la promoción, ejercicio y la divulgación de los derechos humanos (art. 282), las políticas de uso del suelo, poblamiento, desarrollo económico y social, inversiones públicas y su debida ejecución en los territorios indígenas (art. 330), la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo (art. 341), el diseño, organización, resultados, políticas y proyectos de inversión de los sistemas de evaluación de gestión de la Administración Pública (art. 343), las políticas generales de administración y control de eficiencia de los servicios públicos domiciliarios y control, inspección y vigilancia de las entidades que los prestan (art. 370) y la regulación de la moneda, los cambios internacionales y el crédito; emitir la moneda legal; administrar las reservas internacionales; ser prestamista de última instancia y banquero de los establecimientos de crédito y servir como agente fiscal del gobierno (art. 371), son políticas que desde el Poder Ejecutivo encuentran un único centro de impulsión o en el que juega un papel protagónico aunque con intensidades distintas.

La evidencia más destacada frente a la naturaleza del Poder al que le corresponde, por consustancial, la formulación de políticas públicas, se encuentra en el inciso 1 del artículo 208, allí se dispone:

Los ministros y los directores de departamentos administrativos son los jefes de la administración en su respectiva dependencia. Bajo la dirección del Pre-

sidente de la República, les corresponde formular las políticas atinentes a su despacho, dirigir la actividad administrativa y ejecutar la ley.

En otras palabras, el gobierno nacional es el responsable de la formulación de políticas públicas en todas las materias imaginables en un Estado, que no sean propiamente judiciales o legislativas, lo cual se hace extensivo a otras entidades del Ejecutivo en virtud de lo dispuesto en el artículo 115 constitucional (gubernaciones, alcaldías, superintendencias, establecimientos públicos y empresas industriales o comerciales del Estado), que así mismo tienen responsabilidades frente a las políticas públicas dada su naturaleza nacional, departamental y municipal.

De otro lado, el Juez constitucional en su labor de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o por particulares, está capacitado para emitir ordenes en su fallo que restablezcan el derecho (art. 86), con la posterior competencia de selección eventual de las acciones de tutela por la Corte Constitucional (art. 241-9).

El Decreto 2591 de 1991, uno por los que se reglamenta el proceso constitucional de tutela⁷, frente al alcance de estas órdenes describe múltiples propiedades. Como medida provisional para proteger un derecho, el Juez desde la presentación de la solicitud de tutela puede ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo (art. 7); aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial y el proceso constitucional de tutela sea procedente como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, la orden permanecerá vigente durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo la acción instaurada por el afectado. Los efectos de la orden cesan si la persona no instaura la acción del caso dentro de los 4 meses siguientes a partir del fallo.

En el contenido de la petición de tutela cuando la persona no sabe escribir o es menor de edad, casos en los que puede ser ejercida verbalmente, el Juez debe atender inmediatamente al solicitante y ordenar al Secretario levantar acta sin formalismo alguno (art. 14); de requerirse un informe al solicitado siendo ciertos los hechos que lesionan los derechos, puede el Juez ordenar de inmediato información adicional, con las pruebas que sean indispensables (art. 21); la orden de protección del derecho en menoscabo por acción tendrá por objeto garantizar el pleno goce del

7 Colombia. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Decreto 2591. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991. *Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.*

derecho y volverlo al estado anterior a la violación cuando fuere posible. En el caso de una omisión se ordenará la realización de la acción adecuada sujeta a plazo y, de no ejecutarse, el Juez puede disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se trata de una mera conducta o actuación material o de una amenaza, se ordena la inmediata cesación y la contención de toda nueva forma de violación. Finalmente, en lo que constituye una cláusula abierta de actuación, el Juez podrá establecer los demás efectos del fallo para el caso concreto (art. 23).

Frente al escenario de la reparación del daño causado al derecho, el Juez de oficio tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación se hace ante el Juez competente y sobre todos los perjuicios en trámite incidental dentro de los 6 meses siguientes a la ejecutoria de la sentencia (art. 25); en el cumplimiento del fallo que debe acogerse sin demora dentro de las 48 horas, si no es acatado en la forma indicada puede el Juez dirigirse contra el superior del responsable para que lo haga cumplir y abra el correspondiente proceso disciplinario, si se agotan otras 48 horas ordenará abrirlo contra el superior y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del fallo. Así mismo, podrá sancionar por desacato al responsable y al superior que incumplan la sentencia. Aquí se reitera la cláusula abierta de competencia del Juez de tutela para establecer los demás efectos del fallo para el caso concreto manteniendo su competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza (art. 27).

El contenido del fallo, que debe ser proferido dentro de los 10 días siguientes a la presentación de la solicitud, debe indicar entre otras, la orden y la definición precisa de la conducta a cumplir con el fin de hacer efectiva la tutela y si la violación o amenaza deriva de la aplicación de una norma incompatible con los derechos fundamentales, la providencia judicial debe ordenar la inaplicación de la norma impugnada en el caso concreto (art. 29).

En el trámite de impugnación el Juez competente estudia el contenido de la petición de tutela cotejándola con el acervo probatorio y con el fallo, siéndole posible solicitar informes y ordenar la práctica de pruebas dentro de los 20 días siguientes a la recepción del expediente (art. 32); quien incumple la orden de un Juez proferida con base en el Decreto incurre en desacato sancionable con arresto hasta de 6 meses y multa hasta de 20 SMLMV, salvo que se haya señalado consecuencia jurídica distinta y sin perjuicio de las sanciones penales a lugar (art. 52)⁸.

8 Las normas que han sido transcritas del texto constitucional y el Decreto 2591 de 1991 fueron tomadas de la página web del Congreso de la República www.secretariassenado.gov.co, consultada en noviembre 23 del 2012.

Todos los contenidos normativos señalados se enfrentan, principalmente, porque la salvaguarda de los derechos constitucionales fundamentales implica erogaciones económicas y su protección no solo se alcanza en comportamientos de abstención por el Estado. Las políticas públicas, en gran medida, buscan satisfacción de derechos y el desinterés que la agenda de gobierno, en ocasiones, enseña frente a determinadas materias al no ser atendidas o serlo en forma precaria, han sido los argumentos de batalla para interferir en una función que, al parecer, resulta no ser tan exclusiva. Sin embargo, la fijación de esferas de acción es necesaria y la decisión judicial ajustada a los casos en que realmente se justifica una intervención.

La injerencia sobre políticas públicas no puede ser materia desordenada, asistemática, e inesperada como ocurre en la declaración formal del Estado de Cosas Inconstitucional, en donde circunstancias que ameritarían tal declaratoria no la alcanzan⁹ por criterios desconocidos, una evidencia de ello se encuentra en el caso de la Sentencia de Tutela 760 del año 2008 frente al derecho a la salud y su realidad gravísima de estructura en la prestación del servicio¹⁰; o en el cual eventos particulares forzosamente lo han sido, como sucedió en el caso de la Sentencia de Unificación 250 del año 1998 frente a la observancia de concurso público para el nombramiento de notarios¹¹. Hasta aquí descripción suficiente del contexto en relación al objeto, problema jurídico e hipótesis de investigación.

5. POLÍTICAS PÚBLICAS: EVIDENCIA DE UN DEBATE VIGENTE EN LA DOCTRINA

La sensibilidad del cuestionamiento se revela en las órdenes que en estas decisiones se adoptan y que tienen injerencia directa sobre el cómo se debe priorizar el gasto del tesoro público, el manejo del presupuesto, que desde siempre ha sido

-
- 9 Al respecto puede ser consultado: RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “¿cuándo cesa el Estado de Cosas Inconstitucional en el desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional” En: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coordinador). *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Universidad de Los Andes y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR. 2010. p. 434-492.
- 10 Colombia. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia de Tutela 760. Julio 31 del 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: acumulados T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326.
- 11 Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 250. Mayo 26 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-134192.

trabajo discrecional del Poder Ejecutivo, él es quien ha identificado variables y determinado la agenda como labor consustancial de su razón de ser. Sin embargo, aparentemente eso ha cambiado y el Juez constitucional es protagonista de algo que parece extraño a una decisión judicial, ¿de dónde saca el Juez su competencia para decidir a semejante tenor?, ¿son estas decisiones verdaderas políticas públicas o parte de su formulación?, ¿las órdenes que se emiten en éstas decisiones por el Juez constitucional y de tutela son avaladas por el ordenamiento jurídico? Todos son aspectos que pueden alcanzar resolución aunque no en términos absolutos.

El debate no es pacífico a nivel doctrinal, evidenciando un segmento del mismo, ANTONIO JOSÉ NÚÑEZ, enfáticamente señala:

“La historia nos muestra que entre más prolijos sean los catálogos de derechos y garantías constitucionales, peores suelen resultar las condiciones de vida de los nacionales”

La justicia constitucional no es un buen medio para redistribuir el ingreso nacional y su intervención desmedida en dicho reparto reducirá la tasa de crecimiento de tal ingreso y hará más inequitativa su distribución.

La asignación de los derechos “de última generación” a través de la justicia constitucional tenderá a desinstitucionalizar al Estado y a convertir a la Corte Constitucional en lo contrario de lo que debería ser.

¿Qué hacer? Ciertos aspectos de la justicia constitucional deben reformarse. Mientras ello ocurre, y con el fin de hacer menos necesarias tales reformas, la Corte debe replantear ciertas visiones mesiánicas que le han ido poseyendo y retomar muchos elementos de su jurisprudencia que son consistentes con una relación respetuosa con las demás ramas del poder público.

Conclusión: La tendencia dominante de nuestra justicia constitucional corresponde a una visión política que se llama “democracia epistemológica”. Esta visión debemos reemplazarla por la “democracia procedimental”. También debemos apelar al sentido común en los fallos de la justicia constitucional.”¹²

Frente a las apreciaciones definidas, habrá de tenerse presente que encuentran la razón con profundo fundamento, y quizás nuestro juicio se parcialice, la contundencia de las afirmaciones poseen esa virtud. No obstante, para confrontar los argumentos en igualdad de armas resultará pertinente lo expuesto por CARLOS BERNAL PULIDO al desarrollar el tema del “fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales” apoyado en las tesis de los doctrinantes FERNANDO ATRIA y ROSENCRANTZ al siguiente tenor:

12 NÚÑEZ, Antonio José. *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Legis Editores S.A. 2005. p, 6, 11, 30, 40, 49.

“Si no es posible exigir judicialmente los derechos sociales, y si además el Estado no puede satisfacer todas las pretensiones que implican, estos derechos están condenados a “mantenerse como una promesa incumplida”. El efecto perverso de éste fenómeno es la devaluación de “las otras promesas que el derecho hace, en particular la promesa de defender los derechos civiles y políticos”¹³

El panorama se describe en semejanza a una cadena o en efecto de castillo de naipes que se derrumba. Líneas atrás se indicó que el problema jurídico planteado afecta derechos, lo señalado por BERNAL PULIDO lo ratifica. Los efectos que se pronostican sobre la realidad del Estado como concepción están en juego porque la no satisfacción de las pretensiones que involucran derechos, ejemplo: la no vigencia en la vida de un derecho de tercera generación, traerá para todo el sistema de derechos, la probable inobservancia de un derecho de segunda generación, el estado gaseoso de un derecho de primera generación y viceversa, cualquiera sea el orden en que se quiera presentar el derecho en secuencia de su vulneración.

Las tesis que se enfrentan son radicales, la medida equidistante entre el exceso y la falta pareciera no evidenciarse. Poco después de su entrada en funcionamiento de la Corte Constitucional se suscitó esta problemática en el derecho colombiano y desde ésta época al 2012, han sido numerosas las decisiones que enfrentan ese ámbito de competencia en lo que pareciera ser una intromisión al poder ejecutivo encontrándose a los jueces entre el derecho y la política¹⁴.

Diremos, acompañado a la hipótesis, que el imperio de la Constitución, la vigencia de los derechos fundamentales y la prevalencia del derecho sustancial que se acompaña junto a instrumentos idóneos, no puede sujetarse a decisiones de los gobiernos, aunque los requerimientos presupuestales sean exigentes. El carácter programático de los derechos prestacionales no puede originar una condena para su vigencia en la vida de las personas. Es así como la Corte Constitucional frente a los derechos que generan prestaciones programáticas ha señalado que estos imponen un itinerario a la administración para el diseño de políticas públicas que de a poco aseguren su cumplimiento, el cual se asegura a través de procesos de ejecución compleja y de ejecución simple de los mandatos constitucionales.

13 BERNAL PULIDO, Carlos. “fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”. *El Derecho de los Derechos*. Primera edición – Quinta reimpresión. Bogotá D.C., Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2008. p. 291.

14 Al respecto: FERREJOHN, John. ANSOLABEHERE, Karina. DALLAS VIA, Alberto Ricardo. UPRIMMY YEPES, Rodrigo. *Los Jueces: Entre el Derecho y la Política*. Serie Democracia y Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). 2008.

6. CORTE CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: COMPETENCIA INNEGABLE

La Corte Constitucional en su providencia que incluye autos, sentencias de tutela, unificación de tutela y de constitucionalidad, hasta el año 1997 no desarrolló temáticas que involucraran el concepto de política pública. Luego de ésta fecha, con especial profundidad a partir del año 2000, ha sido robusto el número de decisiones que han asumido ésta institución jurídico-política y las materias sobre las que ha injerido son variopintas, sin criterio de selectividad alguno u criterio orientador. La discrecionalidad puede ser asimilada a la del procedimiento de selección eventual que de los fallos de tutela hace la Corte para su revisión.

La función que en lectura de las normas referidas se descubre, reitero, se encuentra preferiblemente allegada a la rama ejecutiva del Poder Público. Sin embargo, frente a decisiones del Juez constitucional, esa afirmación resulta poco sostenible o debe ser comprendida en interpretación conforme a la Constitución y la actualidad del derecho. En este sentido, se considera que existen tres posiciones jurisprudenciales en la materia en punto de órdenes que afectan la función ejecutiva.

6.1. POSICIÓN RESPETUOSA DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA

En este postulado el Juez de tutela considera que **i**) a pesar de no existir una política pública para los hechos de afectación en concreto o **ii**) se desarrollan esfuerzos previos dirigidos a darle solución (ejemplo: formación de reglamentos, proyectos de diseño, análisis técnicos y presupuestales, estudio de conveniencia, declaraciones públicas), no puede pensarse como ineficaz un mecanismo que aún no se ha adaptado y forzar la implementación de decisiones; constreñir la anticipación de todo ese proceso de formulación, podría tener como efecto práctico la pérdida de etapas que ciertamente harían eficiente, eficaz y ajustada a las normas, la solución de problemas sociales con la posible supresión de utilidades genéricas que podría tener la política¹⁵.

Existen limitaciones frente a lo que se puede ordenar mediante la tutela porque el Juez de esta acción constitucional no es ordenador del gasto ni coadministrador de la gestión ni de la política del Ejecutivo, no se puede ordenar a los funcionarios encargados que cumplan programas para los que no hay recursos, las limita-

15 Solución del Juez de Instancia en el proceso constitucional en: Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 595. Agosto 1 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: T-444377.

ciones presupuestales no se pueden salvar por tutela y no puede ordenarse que se desembolsen dineros, no se pueden cumplir funciones asignadas a otras entidades, se debe esperar que existan los recursos suficientes para cada programa¹⁶.

Este extremo del debate goza de fundamento constitucional en la norma transcrita y no puede ser descartado a primera vista, existen férreos seguidores de esta corriente.

6.2. POSICIÓN RESPETUOSA MODERADA DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA

La accesibilidad de las rutas alimentadoras del servicio público de transporte para los usuarios en sillas de ruedas¹⁷, la falta de afiliación por las entidades territoriales del personal docente a un fondo de prestaciones sociales habiendo estos realizado los pagos correspondientes¹⁸, la ausencia de medidas de protección de los defensores de derechos humanos recluidos en establecimientos carcelarios ordinarios¹⁹, la no convocatoria a concurso abierto para nombramiento de Notarios²⁰ y la ineficiente prestación del servicio público de salud²¹, son algunas de las materias en las que se identifica la vigencia de esta teoría.

Bajo esta creencia el Juez de tutela frente a la solución directa de los problemas fácticos que se le presentaron, que exigían en ocasiones, transformación o reconstrucción de infraestructura, consideró que no tenía competencia para remover las cargas excesivas que se imponen a las personas, es decir, no indicó el medio específico por el que se ha de garantizar el ámbito de protección de los derechos fundamentales, así se tratara de sujetos que ostentan una protección constitucional

16 Solución del Juez de Instancia en el proceso constitucional en: Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: acumulados T-653010.

17 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 595. Agosto 1 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: T-444377.

18 Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 559. No se indica el día y mes del año 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-115839 y T-116052.

19 Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 590. Octubre 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-174150.

20 Colombia. Corte Constitucional. Sentencia de Unificación 250. Mayo 26 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-134192.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 1695. Diciembre 7 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente: T-357177, T-374536 y T-385529.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 373. Mayo 15 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente: D-3778.

21 Colombia. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia de Tutela 935. Octubre 31 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente: T-619615.

especial y se reconozca diferencias que de hecho existen entre estas, porque la forma como ellas han de ser afrontadas le corresponde determinarla a la Administración Pública. En estos casos, la solución dirigida a la entidad en concreto se limitó a la concesión de un lapso de tiempo (entre 1 y 2 años una vez emitida la decisión) para la formulación de la política pública en toda su dimensión, que son procesos de ejecución compleja de los mandatos constitucionales. Ese fue el alcance dado a la progresividad.

El espacio temporal que se otorga se soporta en criterios que reconocen una dimensión positiva de los derechos en juego. Esta perspectiva es consciente de que el goce efectivo de los derechos no solo se alcanza con el freno de ciertas acciones del Estado o con su inactividad porque hasta los derechos considerados en teoría clásica como de dimensión negativa o defensiva, por constituir un límite al ejercicio del poder del Estado, poseen una faceta prestacional. En otros términos, al identificar soluciones que se traducen en gastos que imposibilitan la satisfacción instantánea e inmediata, plena e integral del derecho, al comprometer decisiones dentro del marco de la participación democrática sobre inversión pública que requiere diseño, planificación, apropiación y destinación de recursos, implementación, ejecución, evaluación y, en consecuencia, requieren de gasto público, gradualmente se deben ir implementando las políticas que aseguren los derechos ya que deben reconocerse elementos económicos que permitan su realización.

El anterior fue uno de los procederes adoptados por la Corte cuando la entidad demostró que ha sido “activa” en el cumplimiento de su función en un análisis integral de la actividad desarrollada o aunque frente a la situación del derecho en concreto haya existido inacción continuada y absoluta que se excusaba en el carácter progresivo de la prestación que se materializa, no hay otra forma, a través de políticas públicas (programas, planes).

El cumplimiento de estas decisiones se alcanzó con la obligación de la entidad accionada de *informar* al accionante, con cierta periodicidad en el tiempo concedido, los avances de la política en sus diferentes fases, porque la existencia de la política pública debe estar encaminada a garantizar el goce efectivo del derecho y ser sensible a la *participación* ciudadana cuando así lo ordenen la Constitución y la Ley. Así mismo, comunicando a los entes de control y vigilancia para lo de su competencia ha perseguido el cumplimiento. Finalmente, si bien políticas concretas requieren desarrollos normativos para su cumplimiento a cabalidad y no han sido expedidas las medidas que garanticen su adaptación progresiva, podría existir carencia de exigibilidad legal más no constitucional, imposibilitándose supeditar los derechos fundamentales a las decisiones gubernamentales o administrativas.

6.3. POSICIÓN IRRESPECTUOSA DE LA FUNCIÓN EJECUTIVA

La situación de las personas víctimas del desplazamiento forzado²², las fallas de organización y procedimiento para resolver las peticiones de reconocimiento, reliquidación y pago de pensiones²³, las condiciones extremas de hacinamiento para los reclusos en los establecimientos carcelarios del país²⁴ y sus consustanciales problemas endémicos en salud²⁵ y la mora permanente en el pago de mesadas pensionales²⁶, son algunas de las materias en las que se identifica la vigencia de esta teoría.

-
- 22 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: expediente T-653010 y acumulados.
- 23 Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 068. Marzo 5 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: acumulados T-144.670, T-146.357, T-146.730, T-149.307 y T-149.514.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 438. Agosto 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-167020.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 439. Agosto 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-167262.
- 24 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 153. Abril 28 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-137.001 y T-143.950.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 256. Marzo 6 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-259277.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 257. Marzo 6 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-259279.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia de Tutela 847. Julio 6 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: T-286.434.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia de Tutela 1077. Octubre 11 del 2001. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente: T-487104.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 157. Marzo 5 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: D-3663.
- 25 Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 606. Octubre 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: 174024.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 607. Octubre 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: 174025.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 583. Octubre 29 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: T-167793 y T-170396.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 530. Julio 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-201780.
- 26 Colombia. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia de Tutela 525. Julio 23 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: T-213190, T-215732, T-215733, T-215769, T-215774, T-215775, T-218743, T-218772, T-221132, T-221143, T-221145, T-221148, T-221155, T-221769, T-223239, T-223240 y T-221152

Bajo esta corriente el Juez de tutela frente a la solución directa de los problemas fácticos que se le presentaron, al enfrentar unos hechos de vulneración múltiple, masiva y continua de derechos fundamentales, consideró que la Administración debía fijar una meta presupuestal para cumplir con la política pública en su totalidad, sin indicar el monto, asegurando que, en todo caso, debía protegerse el goce efectivo de los mínimos de los que depende el derecho a la vida en condiciones de dignidad, ante la afectación de los derechos reconocidos, el volumen de recursos efectivamente destinados para su atención y la capacidad institucional para ejecutar los mandatos constitucionales y legales. Para los efectos se debía, por ejemplo en materia de política pública de atención a población desplazada: definir la situación actual de la población, estableciendo prioridad en los programas de atención en ayuda humanitaria, vivienda, restablecimiento socioeconómico y en la resolución de fondo, clara y precisa de las peticiones presentadas por las víctimas.

En estos casos, la solución dirigida a la entidad en concreto, en un principio, concedió un lapso de tiempo (5 días - 8 días - 15 días - 47 días - 3 meses - 6 meses - 1 año) para el diseño o reformulación de la política pública en todos los ámbitos. Podría afirmarse que en el texto de las sentencias, un punto diferencial radical de las órdenes se encuentra, frente a las otras teorías, en el llamado a un número nutrido de instituciones del Estado a la formulación de tareas precisas y abstractas aunque se continúe sin indicar directamente el cómo debe resolver la situación aunque le exija evidencia presupuestal. Posteriormente, ha sido a través de los *autos de seguimiento* que las órdenes inicialmente impartidas se tornan irrespetuosas, ejemplo: cuando se ordena la creación de 13 programas específicos para colmar los vacíos existentes en la política pública²⁷, se interfiere en forma directa sobre la forma como

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 090. Febrero 2 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-169932, T-169934, T-170166, T-170566, T-171920, T-173914, T-185397, T-187333, T-188114, T-188115, T-191701, T-191707, T-194484 y T-202478.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 547. Mayo 24 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expediente: T-429818.

27 Colombia. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Auto 092. Abril 14 del 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: sentencia T-025 del 2004. Los programas que debían crearse fueron: a. El Programa de Prevención del Impacto de Género Desproporcionado del Desplazamiento, mediante la Prevención de los Riesgos Extraordinarios de Género en el marco del Conflicto Armado; b. El Programa de Prevención de la Violencia Sexual contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas; c. El Programa de Prevención de la Violencia Intrafamiliar y Comunitaria contra la Mujer Desplazada y de Atención Integral a sus Víctimas; d. El Programa de Promoción de la Salud de las Mujeres Desplazadas; e. El Programa de Apoyo a las Mujeres Desplazadas que son Jefes de Hogar, de Facilitación del Acceso a Oportunidades Laborales y Productivas y de Prevención de la Explotación Doméstica y Laboral de la Mujer Desplazada; f. El Programa de Apoyo Educativo para las Mujeres Desplazadas Mayores de 15 Años; g. El Programa de Facilitación del Acceso a la Propiedad de la Tierra por las Mujeres Desplazadas; h. El Programa de Protección de los Derechos de las Mujeres Indígenas Desplazadas; i. El Programa de Protección de los

deben enfrentarse los hechos que son objeto de formulación de la política pública. El impacto económico en la creación de estos programas seguramente se tornaba gigantesco y su necesidad práctica cuestionable.

Bajo el manto del principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas de poder y los deberes de protección efectiva de los derechos fundamentales o su plena realización, pretende la Corte Constitucional escudar lo majestuoso o infortunado de sus órdenes y adquirir competencia para su emisión, sin importar la característica del mandamiento en concreto. En este sentido manifiesta:

Al ordenar este tipo de medidas, no está desconociendo la Corte la separación de poderes que establece nuestra Constitución, ni desplazando a las demás autoridades en el cumplimiento de sus deberes... Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional... Esta decisión respeta las prioridades fijadas por el Legislador y por el Ejecutivo y el ejercicio de las autoridades nacionales y territoriales responsables que definieron el nivel de sus propios compromisos, pero exige que éstas adopten a la mayor brevedad posible los correctivos que sean necesarios para que dicho estado de cosas inconstitucional sea remediado²⁸.

La cortina de humo para algunos o el fundamento constitucional para otros, frente a la formulación de la política y su injerencia en estas decisiones se expresa así mismo en los siguientes términos:

No puede el juez de tutela solucionar cada uno de estos problemas, lo cual corresponde tanto al Gobierno Nacional y a las entidades territoriales, como al Congreso de la República, dentro de sus respectivos ámbitos de competencia. No obstante, lo anterior no impide que al constatar la situación de vulneración de los derechos fundamentales en casos concretos, la Corte adopte correctivos encaminados a asegurar el goce efectivo de los derechos de los desplazados, como lo hará en esta sentencia, e identifique remedios para superar estas falencias estructurales que comprometen diversas entidades y órganos del Estado.

Derechos de las Mujeres Afrodescendientes Desplazadas; j. El Programa de Promoción de la Participación de la Mujer Desplazada y de Prevención de la Violencia contra las Mujeres Desplazadas Líderes o que adquieren Visibilidad Pública por sus Labores de Promoción Social, Cívica o de los Derechos Humanos; k. El Programa de Garantía de los Derechos de las Mujeres Desplazadas como Víctimas del Conflicto Armado a la Justicia, la Verdad, la Reparación y la No Repetición; l. El Programa de Acompañamiento Psicosocial para Mujeres Desplazadas; m. El Programa de Eliminación de las Barreras de Acceso al Sistema de Protección por las Mujeres Desplazadas.

28 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: expediente T-653010 y acumulados.

No se trata en este caso de que a través de la acción de tutela se esté ordenando un gasto no presupuestado o que se esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional, como pasa a verse²⁹.

El cumplimiento de estas decisiones se pretendió alcanzar con la obligación de la entidad accionada de *ofrecer* a las asociaciones de desplazados oportunidades de participación en forma efectiva en las decisiones que se adoptan con el fin de superar el ECI e *informar* mensualmente de los avances alcanzados. Así mismo, al Defensor del Pueblo se le encargó efectuar seguimiento al cumplimiento de las órdenes informando a la opinión de los avances y dificultades, y al Procurador General de la Nación frente a lo anterior y la vigilancia en la actuación de las autoridades. De otro lado, la Corte Constitucional señaló que mantiene la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza, para lo cual puede continuar estableciendo los demás efectos del fallo en el caso. Posteriormente, en autos se estableció este deber de información respecto de ACNUR, CODHES, entre otros.

El problema que enfrenta, de un lado, el principio de legalidad del gasto público, con sus dos momentos distintos dentro del proceso presupuestal³⁰, que limita la asignación de recursos para la población desplazada, frente a los alcances de los derechos establecidos en la Ley³¹, por otra parte, no pueden significar una modificación de estos últimos contenidos. Al ser la atención a esta población urgente la

29 Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: expediente T-653010 y acumulados.

30 La Corte Constitucional en la Sentencia T-025 del 2004, señala que éste principio opera en dos momentos: i) al elaborarse la Ley anual y ii) en la ejecución del presupuesto. Señala la Corte: Finalmente, para verificar el principio de legalidad del gasto en esta fase de ejecución, la ley exige la constancia de disponibilidad presupuestal previa a la realización del mismo, la cual acredita no solamente la existencia de la partida correspondiente en la ley anual de presupuesto, sino la suficiencia de la misma al momento de hacer la erogación, es decir, que no se encuentre agotada.

31 Colombia. Congreso de la República. Ley 387. Julio 18 de 1997. Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997. “Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención,

Corte atribuyó la calidad a la asignación de recursos en esta materia como de “prelación”, “gasto prioritario”, lo cual permite una suficiente apropiación presupuestal, si existe decisión administrativa. En un principio, el gasto social y de atención a la población marginada es un gasto prioritario y las erogaciones necesarias para la política de atención al desplazamiento se equipararon a este. Posteriormente, se dio a este último carácter prevalente sobre aquel.

La “cláusula de erradicación de las injusticias presentes” denominación sinónima a la “política públicas para la atención de la población desplazada”, reconocen el avance gradual y progresivo hacia el pleno goce de los derechos como característica de las formas que se adoptan en la estrategia de la política, sin que por tal razón, pueda quedar indefinidamente aplazado en la agenda estatal. En este escenario las medidas a favor de grupos marginados, conocidas también como medidas afirmativas, medidas de acción afirmativa, entre otras denominaciones propias, se indican como indispensables para la satisfacción plena de los derechos.

7. CORTE CONSTITUCIONAL Y SU INCIDENCIA EN LAS POLÍTICAS PÚBLICAS: COMPETENCIA INNEGABLE PERO LIMITADA.

La necesidad de límites para el ejercicio de una función no es una cuestión meramente caprichosa, las teorías que se presentan en las decisiones judiciales que se analizaron evidencian un encuentro frentero entre posturas ideológicas que deben encontrar un punto medio que defina un ámbito de acción que reconozca la existencia de pares igualmente legitimados para acompañar el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

Las variables que se exponen como límites no encuentran un fundamento en Ley alguna, reglamentación o disposición constitucional gramatical expresa. La evolución del derecho luego de más de 20 años de Constitución y jurisprudencia derivada de ella, permite descubrir determinados criterios que pueden constituir estos límites. Ratificando lo expuesto en líneas anteriores: la Corte Constitucional es competente para emitir Órdenes que impacten la formulación de Políticas Públicas previo el examen de ciertos elementos materiales que la habilitan para hacerlo: *(i)* que exista declaratoria de un ECI sobre los hechos objeto de estudio en el caso; *(ii)* de no existir un ECI los hechos deben ser de tal entidad que éste debe ser declarado

protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”.

en la decisión; **(iii)** debe tratarse de un problema constitucional que recaiga sobre sujetos que ostenten una especial protección constitucional; **(iv)** inexistencia de medidas de carácter positivo que se dirijan a remediar la prolongada violación de estos en concreto; **(v)** deben hacerse parte del proceso a todas las entidades sobre las cuales recaerían eventualmente ordenes simples o complejas.

De tal forma que la competencia interventora surge cuando los límites fijados se cumplen concomitantemente. La intensidad de las órdenes en teoría respetuosa moderada e irrespetuosa es absolutamente discrecional una vez se alcanza el cumplimiento de los requisitos señalados, la protección urgente o suave de los derechos será el criterio para definir si se ordena la formulación de una política pública en forma abstracta o se fijan procederes específicos para el actuar de la Administración.

7.1. EXISTENCIA EN LA DECLARATORIA DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL SOBRE LOS HECHOS OBJETO DE CONTROL CONSTITUCIONAL

Particular resulta el intento de definición de un ECI. Lo inconstitucional no es una norma del ordenamiento jurídico en contraste con la Constitución, son los hechos que involucran la violación de derechos fundamentales en intensidad profunda, los que se contrastan con los contenidos de la Constitución.

En un estudio nuestro, en proceso editorial publicado recientemente, frente a la real utilidad de la declaratoria formal de un ECI para el caso del desplazamiento forzado, se cuestionó sobre el impacto práctico de tal decisión ya que al examinar la jurisprudencia antecedente a la Sentencia de Tutela 025, se descubrió que la Corte antes de declararlo ya emitía ordenes de tipo simple y complejo con la misma naturaleza de las posteriores, interfiriendo en la agenda de la Rama Ejecutiva del Poder Público y su función constitucional en materia de formulación de políticas públicas. De allí que se afirme que tal institución le sirve para poco al Juez ya que sin ella puede hacer todo lo que sea posible para la protección efectiva de los derechos³².

La realidad de las expresiones anteriores que son ciertas, aunque pueden encontrar la razón no lo hacen con carácter absoluto, otros estudios arrojan indicios que respaldan una utilidad práctica de la figura. Continuando en la tragedia del desplazamiento forzado, con anterioridad a la Sentencia de Tutela 025 del año 2004, la Corte profirió tan sólo 20 providencias atinentes, poco más de una por año, 1.53. No se

32 YÁÑEZ MEZA, Diego Armando. "El desplazamiento forzado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (1991-2003): momento previo a la declaratoria formal del Estado de Cosas Inconstitucional". *Revista Justicia*. Volumen 23. Enero-junio. 2013. Barranquilla, Colombia. Universidad Simón Bolívar.

emitió Auto alguno al respecto, una Sentencia de Unificación, cuatro Sentencias de Constitucionalidad y quince Sentencias de Tutela. Una vez declarado formalmente el ECI, a diciembre 31 del 2011, se han emitido doscientos treinta y seis Autos, no se profirieron Sentencias de Unificación, seis Sentencias de Constitucionalidad y ciento cincuenta y cuatro Sentencias de Tutela, para un total de 396 decisiones aproximadamente. Es decir, en trece años (1991-2003) fueron emitidas veinte decisiones en la materia³³; en apenas ocho años (2004-2011) trescientas noventa y seis³⁴,

- 33 Las decisiones que adoptó la Corte Constitucional en el periodo de tiempo comprendido entre el año 1991 y 2003, lo cual constituye línea jurisprudencial frente al desplazamiento forzado fueron: T-160/94, C-225/95, T-227/97, T-733/98, T-1132/00, SU-1150/00, T-1635/00, C-177/01, T-258/01, T-327/01, T-1346/01, T-098/02, T-215/02, C-232/02, T-268/03, C-400/03, T-419/03, T-602/03, T-721/03 y T-985/03.
- 34 Las decisiones que adoptó la Corte Constitucional en el periodo de tiempo comprendido entre el año 2004 y 2011, lo cual constituye línea jurisprudencial frente al desplazamiento fueron: T-025/04 y sus 5 anexos, T-078/04, A-019/04, T-327/04, A-050/04, A-087/04, T-740/04, T-770/04, T-813/04, A-138/04, T-1094/04, A-185/04, T-097/05, T-175/05, T-312/05, T-563/05, T-589/05, A-140/05, T-882/05, A-176/05, A-177/05, A-178/05, T-988A/05, A-203/05, A-205/05, T-1076/05, T-1144/05, T-086/06, T-138/06, T-585/06, T-620/06, A-218/06, A-230/06, T-754/06, A-266/06, T-919/06, A-316/06, A-333/06, A-334/06, A-335/06, A-336/06, A-337/06, A-348A/06, A-005/07, A-027/07, A-037/07, A-049/07, T-136/07, A-058/07, A-081/07, A-082/07, C-278/07, A-084/07, A-101/07, A-102/07, A-103/07, T-328/07, T-334/07, A-109/07, A-130/07, A-131/07, T-496/07, A-167/07, A-169/07, A-170/07, A-171/07, T-611/07, A-200/07, A-206/07, A-207/07, A-208/07, T-630/07, A-218/07, A-219/07, A-233/07, A-234/07, A-236/07, A-248/07, A-249/07, A-250/07, A-251/07, T-771/07, T-800/07, T-821/07, A-262/07, T-895/07, A-278/07, T-966/07, T-1067/07, A-309/07, A-002/08, A-011/08, T-156/08, A-052/08, A-053/08, A-054/08, A-068/08, A-072/08, T-285/08, A-077/08, A-082/08, T-297/08, A-083/08, A-092/08, A-093/08, T-364/08, T-391/08, A-107/08, A-110/08, A-111/08, T-451/08, A-116/08, A-117/08, T-458/08, T-476/08, T-496/08, T-506/08, T-559/08, T-560/08, T-585/08, T-597/08, T-599/08, T-605/08, T-647/08, T-682/08, T-704/08, T-721/08, T-725/08, T-787/08, T-817/08, A-202/08, T-868/08, T-869/08, A-237/08, A-248/08, A-250/08, A-255/08, A-261/08, A-284/08, T-1095/08, T-1105/08, A-306/08, T-1134/08, T-1135/08, A-335/08, A-381/08, A-004/09, A-005/09, A-006/09, A-007/09, A-008/09, A-009/09, A-010/09, A-011/09, A-019/09, T-038/09, T-042/09, T-064/09, A-062/09, T-085/09, T-142/09, T-215/09, T-299/09, T-317/09, A-200/09, A-201/09, A-203/09, A-204/09, A-205/09, C-372/09, A-210/09, T-397/09, A-222/09, A-225/09, A-230/09, T-495/09, T-541/09, T-585/09, T-600/09, A-266/09, T-620/09, T-630/09, T-690A/09, T-718/09, T-719/09, T-739/09, T-742/09, A-300/09, A-314/09, A-320/09, T-828/09, T-878/09, T-882/09, T-885/09, T-967/09, T-044/10, T-045/10, T-068/10, T-085/10, T-099/10, T-106/10, T-150/10, T-169/10, T-177/10, T-179/10, T-211/10, T-222/10, T-265/10, T-284/10, T-367/10, T-372/10, T-447/10, T-448/10, T-458/10, T-473/10, A-111A/10, A-112/10, A-113/10, A-114/10, A-115/10, A-116/10, A-117/10, A-118/10, A-119/10, A-120/10, T-515/10, A-126/10, A-128/10, A-129/10, A-130/10, A-131/10, A-132/10, A-133/10, A-134/10, A-135/10, A-136/10, A-137/10, A-138/10, A-139/10, A-140/10, A-141/10, A-142/10, A-143/10, A-144/10, A-145/10, A-146/10, A-147/10, A-152/10, A-153/10, A-154/10, A-155/10, A-156/10, A-157/10, A-158/10, A-159/10, A-160/10, A-161/10, A-162/10, A-163/10, A-164/10, A-165/10, A-166/10, A-167/10, A-168/10, A-169/10, A-170/10, A-171/10, A-172/10, A-173/10, A-174/10, A-175/10, A-176/10, A-177/10, A-178/10, A-179/10, A-180/10, A-181/10, A-182/10, A-183/10, A-184/10, A-185/10, A-186/10, A-187/10, A-188/10, A-189/10, A-190/10, A-190A/10, A-191/10, A-192/10, A-193/10, A-194/10, A-195/10, A-196/10, A-197/10, A-198/10, A-199/10, A-207/10, A-211/10, A-212/10, A-213/10, A-214/10, A-215/10, A-216/10, A-217/10, A-218/10, A-219/10, A-220/10, A-221/10, A-222/10, T-573/10, A-250/10, A-252/10, A-253/10, A-254/10, A-255/10, A-256/10, A-257/10, A-258/10, A-259/10, A-260/10, A-271/10, A-272/10, A-273/10, A-274/10, A-275/10, T-623/10, T-627/10, A-295/10, T-665/10, T-677/10, T-726/10, T-746/10, A-322/10, A-336/10, T-873/10, A-360/10, T-922/10, A-382/10, A-383/10, A-384/10, A-385/10, T-1044/10, T-076/11, T-088/11, A-034/11,

36 por año, lo cual traduce un aumento de 2352%. La explosión jurisprudencial a partir de esta fecha es indiscutible, siendo el ECI la causa de tal natalidad. Si todo ese cúmulo de decisiones se dirige a dar solución a un ECI resulta forzado pensar que ningún efecto se derive del él³⁵.

En forma cierta y de aquí su gran valor, esta institución cumple el papel de velo protector en la configuración de órdenes que afectan presupuestalmente a una entidad, en virtud de la cual el Juez puede ingerir sobre la política pública respectiva en cualquiera de sus etapas de formulación y no se excederá en el ejercicio de sus funciones, es como si el Estado de Cosas le generara una habilitación constitucional al Juez que le brinda la confianza y convicción de que en virtud de él puede hacer todo en cuanto sea posible para la protección efectiva del derecho más allá de los contenidos específicos del Decreto 2591 de 1991, expuestas en el numeral 2.2 de la presente investigación³⁶.

7.2. ANTE LA INEXISTENCIA DE UN ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL LOS HECHOS DEBEN SER DE TAL ENTIDAD QUE HAN DE SER DECLARADOS EN LA DECISIÓN

El Poder Ejecutivo posee una amplia gama de herramientas que le permiten interactuar en forma cotidiana con los coasociados y el Poder Legislativo. Solo cuando ese conjunto de prerrogativas sean insuficientes o prolongadamente inanes para dar solución a los conflictos presupuestales, de garantía y voluntad política, puede el Juez intervenir en la función de formulación de políticas públicas. La habilitación la otorga la declaratoria formal del ECI que bajo el cumplimiento de todos los presupuestos indispensables para su consagración en la Sentencia, avalan la injerencia judicial.

T-141/11, T-159/11, A-061/11, T-282/11, T-318/11, T-356/11, T-402/11, T-412/11, A-088/11, A-089/11, A-090/11, A-091/11, A-093/11, A-094/11, T-429/11, A-100/11, A-114/11, A-124/11, A-141/11, T-564/11, T-565/11, T-566/11, A-157/11, A-158/11, T-582/11, A-174/11, T-606/11, T-610/11, T-697/11, A-219/11, A-223/11, A-232/11, T-853/11, T-856/11, T-874/11, A-253/11, A-274/11.

35 YÁÑEZ MEZA, Diego Armando. "El desplazamiento..." Op. cit.

36 Esta afirmación fue presentada en conferencia impartida en Foro realizado en el Instituto Colombiano de Derecho Procesal el día 28 de noviembre del 2012. La disertación se intituló: *desplazamiento forzado y acciones en la reparación del daño*. Puede ser consultada en: <http://www.icdp.org.co/esp/actividades/index.html>.

7.3. DEBE TRATARSE DE UN PROBLEMA CONSTITUCIONAL QUE INVOLUCRE SUJETOS QUE OSTENTAN UNA ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

La igualdad de todos ante la Ley, que es un postulado indiscutible, sucumbe ante la igualdad que predica la Constitución, al respecto es pertinente citar la reflexión expuesta por el maestro DAGOBERTO CHARRY RIVAS, en uno de los encuentros que anualmente convoca el ICDP, allí en forma sublime se abarca la materia más allá de cualquier explicación extensa de artículos de normas o teorías de Estado:

“...y ahí una cosa bellísima en un salvamento de voto de la sentencia 543 que tuvo como ponente a José Gregorio Hernández, que es una sentencia hito porque mantuvo la preceptuación romana de que no cabía tutela contra las sentencias que habían hecho tránsito a cosa juzgada. Dicen ellos, los magistrados que salvaron el voto, en una profunda decisión judicial, que no se convirtió en mayoría, pero que mantiene fresca la inteligencia de nuestros alumnos: “merced a la interpretación de la Ley hemos podido pasar de formas tozudas y míticas a reflexiones racionales y humanitarias. Pudimos pasar del oráculo, óigame bien, en Babilonia y en Grecia, al juez civil, pudimos en el siglo XVIII superar las ordalías y los juicios de Dios y los velos para pasar a formas racionales y el descubrimiento de la verdad a través de la apertura probatoria; y dice en el punto vital del siglo XX, pudimos pasar de la igualdad formal frente a la Ley de la revolución, que fue todo un tsunami en el mundo del pensamiento francés de 1789 a la igualdad de las oportunidades frente a la vida; y hoy nuestra Corte ya ha avanzado para decir ya, que la igualdad no es solamente formal y material, sino es aceptar la alteridad y la otredad que son formas de expresión de hombres que aman y piensan y se seducen de otra manera, aprender a vivir con las minorías es una forma de aceptar, aceptar en Colombia ese principio de igualdad; por manera que es muy útil el pensamiento del jurista, cuando empieza a desentrañar el contenido no léxico-gramatical, sino material y humano, intensamente vinculado a los dolores de un país para encontrar el destino normativo”³⁷.

Un juicio es uno si en él no se encuentra un sujeto que ostente una especial protección constitucional y se transforma en el momento en que se involucra alguno de ellos. La aceptación de las diferencias que de hecho existen entre las personas hace del Derecho una verdadera ciencia social con el ser humano en el vórtice de la supremacía constitucional. Esa circunstancia especial que permite un trato

37 CHARRY RIVAS, Dagoberto. *Las pruebas en la Ley 906 de 2004 desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. En: XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal. Conferencia. La Sentencia a la que hace referencia el maestro colombiano es la siguiente: Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 543. Octubre 1 de 1992. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: D-056 y D-092.

diferenciado en la aplicación de las normas es la que legitima, al igual que el ECI, la función interventora que se trata.

7.4. DEBEN REQUERIRSE MEDIDAS DE CARÁCTER POSITIVO DIRIGIDAS A REMEDIAR LOS HECHOS IMPULSORES DEL ESTADO DE COSAS INCONSTITUCIONAL

La Constitución y la Ley regulan gran cantidad de situaciones de la vida en sociedad. En la actualidad la superproducción de normas en el órgano legislativo y la consecuente potestad reglamentaria hacen que, en gran proporción, todos los aspectos sociales e individuales estén regulados por las normas. Sin embargo, el problema que se plantea no es solo de garantía de derechos sino de capacidad institucional para poder alcanzar esa protección. Las normas se incumplen, el aparato que el Estado ha dispuesto para cumplir sus fines esenciales es indolente, los procedimientos creados de papel y los sufrimientos históricos de los nacionales altamente postergados.

Cuando la realidad del Derecho alcanza tal nivel de vacía legitimidad, en donde el orden jurídico no responde y el derecho a la igualdad meramente nominal, se alcanza el punto donde las medidas positivas o de discriminación positiva le permiten al Juez, frente a determinados sujetos, entrar a determinar las soluciones precisas o abstractas para su resolución, en el marco de una justicia material que reconoce un problema más grande que el Estado mismo pero al cual debe encontrarle solución so pena de que sea cuestionada su existencia³⁸.

7.5. DEBEN VINCULARSE EN EL PROCESO CONSTITUCIONAL A TODAS LAS ENTIDADES SOBRE LAS CUALES RECAERÁN EVENTUALMENTE ÓRDENES SIMPLES Y COMPLEJAS

Para efectos explicativos de este acápite, se acude a un caso concreto. En materia de desplazamiento forzado, en una Sentencia³⁹ del año 2002, en el trámite de las instancias se vinculó a otras entidades del Estado comprometidas con la solución y desarrollo de la política pública de atención del desplazamiento. Ese actuar en nuestro criterio es el adecuado, el que siempre debiera realizarse como estrategia número uno para salvaguardar las arcas de las entidades públicas y la Corte en la

38 Al respecto puede ser consultado: ESTRADA VILLA, Armando. *El Estado, ¿existe todavía?* Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones UNAUCLA. 2011.

39 Colombia. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia de Tutela 098. Febrero 14 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expedientes: T-525195, T- 529460 y otros.

sentencia considera tal actuar como una “determinación acertada”. Sin embargo, en la mayoría de los casos y no sólo en materia de desplazamiento, al emitir las órdenes para proteger los derechos, con la excusa de que el proceso de tutela no pretende poner fin a una controversia, por celeridad, informalidad y objeto útil de la acción, lo cual es una posición que fue insostenible y lo es aún más al año 2012, no informa a las entidades que se verán afectadas y cuyo papel es indispensable para el buen éxito de lo que finalmente será la protección⁴⁰. Ese proceder, se afirma, ha reducido las sentencias a una estrategia de mero recuerdo para la Administración de lo que debe hacer.

Esta realidad configura una de las razones del reiterado y prolongado incumplimiento de las decisiones de tutela, por lo que no debería sorprenderle a la Corte que su jurisprudencia no sea acatada en una forma plena por las Administraciones Públicas y demás sujetos que puede fácilmente identificar en las normas pertinentes para vincularlos en el respectivo proceso constitucional.

8. PERSPECTIVAS

Planteadas las variables que estructuran los límites de la competencia del Juez constitucional en la formulación de políticas públicas, el espectro de decisiones que podrían ser objeto de esa injerencia se reduce sustancialmente. A partir de la amplia jurisprudencia que ha sido objeto de estudio en esta investigación y aplicando estos límites, la Corte Constitucional solo habría podido decidir lo que decidió y que continúa decidiendo, en relación a la situación de las personas víctimas del desplazamiento forzado. Podrían existir otros eventos, la evolución propia de la investigación y el transcurso del tiempo podrían enrostrar otros casos, se hace presente la salvedad.

Cuando no se cumplen con los criterios señalados y el Juez constitucional advierte que existe un problema que debe ser atendido a través de una política pública, ello no se traduce en que no se tenga competencia para alcanzar unos mínimos de protección de los derechos. Lo que no podría hacer es señalar con precisión y detalle el cómo habrá de resolverse el problema como se procede bajo la tesis irrespetuosa de la función Ejecutiva, su actuar se debe encauzar en un comportamiento acorde a la tesis respetuosa moderada de la misma, es decir, debe señalar en forma abstracta la necesidad de formulación de una política pública y conceder un término razona-

40 Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 574. Octubre 29 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-100774.

ble para su realización, solicitando el control y vigilancia respectiva así como las oportunidades de información y participación que sean necesarias para un ejercicio conjunto y completo de la política, nada más.

Sin barreras la Corte interviene en todas las materias que pueden presentarse existiendo una colaboración armónica desenfrenada o sin control aunque reconozca competencia de las entidades estatales. Los filtros que han sido definidos no agotan los contenidos de colaboración armónica que exige la Constitución. Por el contrario, contribuyen a que estos mandatos se materialicen en forma ordenada. Los poderes que concede el ordenamiento jurídico al Juez adquieren pleno sentido en trabajo conjunto con el Ejecutivo y frente a la racionalización en el ejercicio del poder, en debida comprensión de la institución, si se acogen los límites señalados.

9. CONCLUSIONES

Si bien es cierto existen materias que en virtud de la Ley requieren desarrollo reglamentario por el Gobierno para la cabal materialización de una política pública, la Constitución presenta caminos y la Ley desarrollos precisos que no se cumplen bajo el argumento de la ausencia de tales medidas. Existen múltiples eventos en los que sin la existencia de estos mandatos la Administración puede plasmar su estrategia en la vida de las personas afectadas con suficiencia en lo dispuesto en estas fuentes. La evasión a la Ley es desgarradora siendo el temor presupuestal y la retórica “de gradualidad y progresividad de la prestación” sus pilares.

Los derechos de libertad entendidos como “derechos civiles y políticos” poseen una dimensión negativa, defensiva o de abstención. Así mismo, gozan de una dimensión positiva que supone gasto público al igual que los derechos sociales, económicos y culturales también conocidos como “derechos prestacionales”, aunque no se identifique en exclusiva con aquellos. Que un derecho exija erogaciones económico-materiales es una cualidad que surge de su dimensión positiva.

Las ordenes de ejecución compleja no solo se definen como aquellas que se imponen a varias entidades necesariamente, esa no es la propiedad primera de ésta institución. La complejidad radica no solo en el requerimiento de coordinación entre distintos órganos del Estado sino en el reconocimiento de que en ellas se involucra necesariamente al tesoro público para la efectiva realización de los niveles mínimos de protección de los derechos en juego y porque sus efectos se expanden incluso a quienes no acudieron al proceso de tutela pero gozan de la especial protección constitucional en conflicto.

La inminencia de sufrir un daño justificado, la urgencia de la situación en la que se encuentra la persona, que el Estado de la misma respuesta de inactividad excusado

en la progresividad en 1992 y el 2012, por el incumplimiento de las obligaciones correlativas y cuya observancia evitaría un perjuicio irremediable, entre otras, habilita la protección en acción de tutela del derecho. El criterio de la urgencia dota de objetividad la necesidad de ejecución inmediata de la prestación, en otras ocasiones, deberá incorporarse la política a través de un proceso decisorio *racional* serio que no trastoque en meras promesas.

La tesis respetuosa de la función de formulación de políticas públicas avala que si la Administración simplemente discute, insinúa o desea el diseño de una política, no existe vulneración alguna de derechos. La tesis moderada e irrespetuosa además de lo anterior, obliga a adelantarla u ejecutarla y no se queda solo con el escrito o la buena intención de la Administración.

Si el contenido mínimo exigible de un derecho fundamental abarca el requerimiento de la existencia de una política pública, lo “mínimo” es meramente gramatical porque en la práctica resulta siendo el “todo” del derecho, la política pública en toda su extensión, aunque se excluya el derecho a la reparación en su tipología material e inmaterial. Así mismo, habrá de reconocer una realidad paralela: si no mediara la interpretación de la Corporación los derechos serían de papel dado que frente a la Administración Pública si no hay presupuesto no hay derechos objeto de protección.

La Corte Constitucional no tiene un concepto propio de política pública el cual desarrolle, emite pronunciamientos llenos de sentimiento y justicia para armonizar lo dispuesto en las normas y los mecanismos existentes para hacerlas efectivas pero el tema debía ser objeto de estudio dado lo desenfrenado de las decisiones. Por ejemplo, la Ley 387 de 1997 dispuso que el tratamiento para las personas víctimas del desplazamiento forzado debía ser prioritario, eficaz y oportuno, lo cual no se estaba cumpliendo dentro de la agenda estatal. De otro lado, remedia la re-victimización que sufrían estas personas al exigírseles trámites adicionales para hacer efectivos sus derechos en la exigencia de la interposición de tutela.

El Estado no puede consentir un aparato judicial y un Juez que sea un convidado de piedra frente a la vivencia de las minorías que pueden ser más en magnitud, siendo además un mandato que debe cumplir el Juez como director del proceso. Puede sostenerse que el Juez constitucional, al hacer cumplir lo que dispuso el Congreso en la Ley 387 de 1997, garantiza el cumplimiento de lo ordenado por el legislador; al hacer cumplir la atención prioritaria que deben tener las personas que ostentan una condición de especial protección, garantiza el cumplimiento de lo que la Constitución consagra; y al garantizar, de alguna manera la existencia de recursos para la ejecución de las políticas públicas, garantiza los lineamientos que el mismo ejecutivo se propone al formularlas.

Finalmente, el tema aún no divisa el final del camino. La discusión se encuentra abierta y la tesis que aquí presentó tiene la sencilla intención de contribuir al debate en una postura que seguramente será minoritaria.

10. BIBLIOGRAFÍA

10.1. TABLA DOCTRINAL

Libros

NUÑEZ, Antonio José. *Manifiesto por una justicia constitucional responsable*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Legis Editores S.A. 2005. p, 54.

FEREJOHN, John. ANSOLABEHERE, Karina. DALLAS VIA, Alberto Ricardo. UPRIMMY YEPES, Rodrigo. *Los Jueces: Entre el Derecho y la Política*. Serie Democracia y Judicatura. Bogotá D.C., Colombia. Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos (ILSA). 2008. p, 99.

ESTRADA VILLA, Armando. *El Estado, ¿existe todavía?* Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones UNAULA. 2011. p, 1063.

Capítulos de Libro

BERNAL PULIDO, Carlos. “fundamento, concepto y estructura de los derechos sociales”. *El Derecho de los Derechos*. Primera edición, quinta reimpresión. Bogotá D.C., Colombia. Universidad Externado de Colombia. 2008. p, 417.

RODRÍGUEZ GARAVITO, César. “¿cuándo cesa el Estado de Cosas Inconstitucional en el desplazamiento? Más allá del desplazamiento, o cómo superar un estado de cosas inconstitucional” En: RODRÍGUEZ GARAVITO, César (Coordinador). *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Primera edición. Bogotá D.C., Colombia. Universidad de Los Andes y Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados ACNUR. 2010. p, 434-492.

Revistas

YÁÑEZ MEZA, Diego Armando. “El desplazamiento forzado en la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana (1991-2003): momento previo a la declaratoria formal del Estado de Cosas Inconstitucional”. *Revista Justicia*. Volumen 23. Enero-Junio. 2013. Barranquilla, Colombia. Universidad Simón Bolívar.

MORENO VELÁSQUEZ, Carolina. “Decisiones económicas de la Corte Constitucional. Estado Social de Derecho, economía y justicia constitucional: una trilogía compleja”.

Revista de Derecho Público. El impacto de la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la creación y el desarrollo del derecho. N° 15, diciembre del 2002. Bogotá D.C., Colombia. Ediciones Uniandes, Facultad de Derecho y Konrad Adenauer Stiftung, Programa Estado de Derecho. p. 292-333.

10.2. TABLA DE JURISPRUDENCIA

Corte Constitucional

Autos

Colombia. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Auto 092. Abril 14 del 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: sentencia T-025 del 2004.

Sentencias de Constitucionalidad

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 1433. Octubre 23 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Antonio Barrera Carbonell. Expediente: D-2780 y D-2804.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 373. Mayo 15 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Córdoba Triviño. Expediente: D-3778.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Constitucionalidad 157. Marzo 5 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: D-3663.

Sentencias de Tutela

Colombia. Corte Constitucional. Sala Segunda de Revisión. Sentencia de Tutela 760. Julio 31 del 2008. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: acumulados T-1281247, T-1289660, T-1308199, T-1310408, T-1315769, T-1320406, T-1328235, T-1335279, T-1337845, T-1338650, T-1350500, T-1645295, T-1646086, T-1855547, T-1858995, T-1858999, T-1859088, T-1862038, T-1862046, T-1866944, T-1867317, y T-1867326.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 595. Agosto 1 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: T-444377.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 025. Enero 22 del 2004. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Expediente: acumulados T-653010.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia de Tutela 098. Febrero 14 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expedientes: T-525195, T- 529460 y otros.

- Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 574. Octubre 29 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-100774.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 590. Octubre 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-174150.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 1695. Diciembre 7 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Martha Victoria Sáchica Méndez. Expediente: T-357177, T-374536 y T-385529.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia de Tutela 935. Octubre 31 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente: T-619615.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 068. Marzo 5 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: acumulados T-144.670, T-146.357, T-146.730, T-149.307 y T-149.514.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 438. Agosto 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-167020.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 439. Agosto 20 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-167262.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia de Tutela 153. Abril 28 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-137.001 y T-143.950.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 256. Marzo 6 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-259277.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 257. Marzo 6 de 2000. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente T-259279.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia de Tutela 847. Julio 6 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: T-286.434.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Primera de Revisión. Sentencia de Tutela 1077. Octubre 11 del 2001. Magistrado Ponente: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente: T-487104.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 606. Octubre 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: 174024.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 607. Octubre 27 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: 174025.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Quinta de Revisión. Sentencia de Tutela 583. Octubre 29 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. José Gregorio Hernández Galindo. Expediente: T-167793 y T-170396.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Novena de Revisión. Sentencia de Tutela 530. Julio 26 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Vladimiro Naranjo Mesa. Expediente: T-201780.
- Colombia. Corte Constitucional. Sala Cuarta de Revisión. Sentencia de Tutela 525. Julio 23 de 1999. Magistrado Ponente: Dr. Carlos Gaviria Díaz. Expediente: T-213190,

T-215732, T-215733, T-215769, T-215774, T-215775, T-218743, T-218772, T-221132, T-221143, T-221145, T-221148, T-221155, T-221769, T-223239, T-223240 y T-221152.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 547. Mayo 24 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Montealegre Lynett. Expediente: T-429818.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Sexta de Revisión. Sentencia de Tutela 098. Febrero 14 del 2002. Magistrado Ponente: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente: T-525195, T- 529460 y otros.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Séptima de Revisión. Sentencia de Tutela 574. Octubre 29 de 1996. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-100774.

Sentencias de Unificación

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 250. Mayo 26 de 1998. Magistrado Ponente: Dr. Alejandro Martínez Caballero. Expediente: T-134192.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 559. No se indica el día y mes del año 1997. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-115839 y T-116052.

Colombia. Corte Constitucional. Sala Plena. Sentencia de Unificación 090. Febrero 2 del 2000. Magistrado Ponente: Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente: acumulados T-169932, T-169934, T-170166, T-170566, T-171920, T-173914, T-185397, T-187333, T-188114, T-188115, T-191701, T-191707, T-194484 y T-202478.

10.3. TABLA DE NORMATIVA

Leyes de la República

Colombia. Congreso de la República. Ley 547. Diario Oficial No 43.827, de 23 de diciembre de 1999. *“Por la cual se decreta el Presupuesto de Rentas y Recursos de Capital y Ley de Apropiações para la Vigencia Fiscal del 1º de enero al 31 de diciembre del 2000”*.

Colombia. Congreso de la República. Ley 387. Julio 18 de 1997. Diario Oficial No. 43.091, de 24 de julio de 1997. *“Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia”*.

Decretos

Colombia. Departamento Administrativo de la Presidencia de la República. Decreto 2591. Diario Oficial No. 40.165 de 19 de noviembre de 1991. *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*.

10.4. TABLA PÁGINAS ELECTRÓNICAS

<http://www.elespectador.com/noticias/actualidad/articulo-239877-corte-constitucional>.

<http://www.elespectador.com/columna190596-corte-constitucional-garante-de-democracia>.

<http://www.elespectador.com/impreso/opinion/columna-272210-justicia-antidemocratica-colombia>.

[http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110630-11_\(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad\)/noti-110630-11_\(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad\).asp](http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-110630-11_(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad)/noti-110630-11_(accion_de_tutela_vs_costo_fiscal_un_camino_de_irresponsabilidad).asp).

10.5. TABLA OTROS

Conferencias

YAÑEZ MEZA, Diego Armando. *Desplazamiento forzado y acciones en la reparación del daño*. En: Foro Quincenal Instituto Colombiano de Derecho Procesal. Noviembre 28 del 2012.

CHARRY RIVAS, Dagoberto. *Las pruebas en la Ley 906 de 2004 desde la perspectiva de la jurisprudencia de la Corte Constitucional*. En: XXIX Congreso Colombiano de Derecho Procesal.



Título: Vibraciones
Técnica: Fotografía
Año: 2014

EL DERECHO DE PRELACIÓN DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN LA EXPLOTACIÓN MINERA EN EL MUNICIPIO DE CONDOTO-CHOCÓ*

* Este artículo es el resultado de la investigación adelantada por el Grupo de investigación en Derecho, Sociedad y Medio Ambiente (GIDSMA) que tiene como Título: Estudio Jurídico sobre la Vulneración de Derechos Colectivos de las Comunidades Negras frente al Otorgamiento de Títulos Mineros a Empresas Multinacionales en la región del San Juan en el Municipio de Condoto entre los años 2007-2011. Proyecto financiado por el Departamento Administrativo de Ciencia Tecnología e Innovación (COLCIENCIAS) y la Universidad Tecnológica del Chocó “D.L.C.” a través del Programa Jóvenes Investigadores – Modalidad tradicional. Convocatoria N° 525. Avances de la investigación se presentaron en la Ponencia Derecho de Prelación Realidad o Aspiración de las Comunidades Negras del Municipio de Condoto-Chocó, en el marco del V Congreso Internacional en Derecho y Sociedad un Pensamiento Latinoamericano, realizado en la ciudad de Manizales.

Fecha de recepción: marzo 12 de 2014
Fecha de aprobación: mayo 29 de 2014

EL DERECHO DE PRELACIÓN DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN LA EXPLOTACIÓN MINERA EN EL MUNICIPIO DE CONDOTO-CHOCÓ

*Lisneider Hinestroza Cuesta***, *Wanny Elizabeth Hinestroza Ramirez****,
*Maisa Perea Zapata****, *Maria Leyla Granja Murillo****

RESUMEN

El derecho de Prelación, *prerogativa que la ley le otorga a las minorías étnicas para que el gobierno, a través del Ministerio de Minas y Energía, les otorgue licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras de comunidades negras sobre los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por tales comunidades*. Con el propósito de analizar desde un contexto jurídico la funcionalidad y efectividad de las garantías estipuladas en la Ley 70 de 1993 y 685 de 2001 para la protección de los derechos colectivos de las comunidades negras, se realizó una investigación de carácter analítica-descriptiva en el municipio de Condoto departamento del Chocó, a partir de observaciones, entrevistas, derechos de petición y análisis de jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, concluyendo que el derecho de prelación en Condoto, se garantiza de manera parcial, debido a que de los títulos mineros otorgados antes de 2013, el primer beneficiario fue Anglogold Ashanti Colombia y Roque de Jesús Homez Robayo International Business & Investments LTDA y solo hasta enero de 2013, al Consejo Comunitario Mayor de Condoto Río Iró, se le otorgaron títulos mineros que corresponden a la mitad de los títulos solicitados.

Palabras Clave: derecho de prelación, comunidades negras, territorio étnico

THE PRIORITY RIGHT OF THE BLACK COMMUNITIES IN THE MINERAL EXPLOITATION IN CONDOTO- CHOCÓ MUNICIPALITY.

ABSTRACT

Right of Priority, *prerogative which the law gives to ethnic minorities for the government, through the Ministry of Mines and Energy, gives them special license for exploration and exploitation in mining areas of black communities on non-renewable natural resources traditionally used by such communities*. In order to analyze from a legal context the functionality and effectiveness of the safeguards provided by the Act 70 of 1993 and 685 of 2001 for the protection of the collective rights of black communities; an investigation of analytical-descriptive character in the town of Condoto Chocó, from observations, interviews, and analysis request rights jurisprudence of the Colombian Constitutional Court was concluded that the right of priority in Condoto is guaranteed to partially because of the mining titles granted before 2013, the first recipient was Anglogold Ashanti Colombia and Jesus Roque Homez Robayo International Business & Investments LTD and only until January 2013, the Community Council of Rio Condoto Iró is he was granted mining rights corresponding to half of the requested titles.

Key Words: Right to Precedence or Preference, Black Communities, Ethnic Territory.

** Abogada, Magister en Derecho de los Recursos Naturales, Docente facultad de Derecho de la Universidad Tecnológica del Chocó, Líder grupo de investigación, Derecho, Sociedad y Medio Ambiente “GIDSMA”. Teléfono: 3146163124 E-mail: lisneider@yahoo.es.

*** Grupo de investigación, Derecho, Sociedad y Medio Ambiente. Auxiliares de investigación del proyecto “Estudio Jurídico sobre la vulneración de derechos colectivos de las comunidades negras frente al otorgamiento de títulos mineros a empresas multinacionales en la región del San Juan en el municipio de Condoto entre los años 2007-2011”, Universidad Tecnológica del Chocó (Quibdó, Colombia).
teléfono: 3104982357 E-mail: wandiyi26@hotmail, teléfono: 3105907658 E-mail: saima1506@hotmail.com,
teléfono: 3206595507 E-mail: muymela26@hotmail.com

EL DERECHO DE PRELACIÓN DE LAS COMUNIDADES NEGRAS EN LA EXPLOTACIÓN MINERA EN EL MUNICIPIO DE CONDOTO-CHOCÓ

1. INTRODUCCIÓN

El territorio para las comunidades negras es esencial para su supervivencia física y cultural, en virtud de esta importancia, se han adoptado diversos preceptos legales que buscan proteger o salvaguardar la ocupación ancestral y el desarrollo de modelos productivos tradicionales de dichas comunidades. (Programa de Justicia Global y Derechos Humanos y Observatorio de Discriminación Racial [ORD], 2011).

En este artículo se estudiará la eficacia del derecho de prelación de las comunidades negras en el municipio de Condoto-departamento del Chocó, para determinar si es una realidad o una simple aspiración formal de la ley. En primera instancia se expondrá una definición del derecho de prelación y su marco jurídico, luego se contextualiza el municipio de Condoto, para generar una idea clara de las particularidades de este derecho para las comunidades negras y su alcance en relación con el desarrollo etnocultural y económico de la población. En segundo lugar, se hará un análisis sobre la explotación de recursos naturales en territorios colectivos de comunidades negras para establecer su situación actual, en términos de la protección constitucional de los derechos colectivos. Finalmente, se realizará una reflexión sobre el ejercicio del derecho de prelación en el municipio de Condoto.

A las comunidades negras de Colombia, a partir del artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991, con el posterior desarrollo de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, se les reconoció el derecho de propiedad sobre las tierras que tradicionalmente habían venido ocupando, determinando que ellas gozan del derecho de propiedad colectiva sobre los territorios que le han sido adjudicados por el Estado a través del INCODER (Instituto Colombiano de Desarrollo Rural).

Respecto a la propiedad sobre los recursos naturales en territorios de grupos étnicos y específicamente en territorios de comunidades negras, la Corte Constitucional en la sentencia T-955 de 2003 (Corte Constitucional de Colombia, 2003) “... *el derecho de propiedad colectiva de las comunidades negras, a las tierras que tradicionalmente ocupan, reconocido inicialmente en la Ley 31 de 1967, refrendado por el Convenio 169 de la OIT y el artículo 55 T. de la Carta, de tal manera que*

son éstas las únicas propietarias de la flora existente en sus territorios, y quienes pueden extraer y aprovechar los productos de sus bosques”.

De igual manera, la Ley 70 de 1993, establece que: las comunidades negras gozarán del derecho de prelación para que el Gobierno, a través del Ministerio de Minas y Energía, les otorgue licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras de comunidades negras sobre los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por tales comunidades. Sin embargo, la licencia especial, podrá comprender otros minerales con excepción del carbón, minerales radioactivos, sales e hidrocarburos. (Artículo 27, Republica de Colombia 1993). En cuanto a minerales, la propiedad sobre este recurso, ha sido siempre estatal, verbi gracia, desde el Código de Minas de 1974 en su artículo 1, no consagraba la propiedad privada sino la propiedad minera estatal; *son objeto del presente código las minas de oro, plata, cobre, mercurio, plomo, zinc, bismuto, cobalto, níquel, estaño, antimonio, arsénico, hierro, manganeso, molibdeno, piedras preciosas; cualquiera que sea la forma del lecho o yacimiento en que se encuentren, siempre que requieran para su explotación, trabajo y operaciones que puedan calificarse de industria minera arreglada a las condiciones del arte.* (Bruna 1971). En la Constitución Política de Colombia de 1991, el artículo 332 establece “el Estado es propietario del subsuelo y de los recursos naturales no renovables, sin perjuicio de los derechos adquiridos y perfeccionados con arreglo a leyes preexistentes”.

No obstante lo anterior, en algunos eventos como en el caso del numeral 2 del artículo 15 de la Ley 21 de 1991 que consagra “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras...”(artículo 15, República de Colombia 1991).

2. METODOLOGÍA

Se utilizó la investigación analítica-descriptiva propuesta por Calduch Cervera: 1998, 24-25; ya que se inicia con una exposición de las principales fuentes de regulación normativa del derecho de prelación que se remonta a la Ley 31 de 1967, mediante la cual se introduce a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 de la OIT, “sobre Protección e Integración de las poblaciones indígenas y tribales en los países independientes”, considerado el antecedente más cercano del Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes”,

incorporado en el ordenamiento interno de Colombia, mediante la Ley 21 de 1991. (Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo) Ley 70 de 1993, al Código de Minas (Ley 685 de 2001) entre otras normas.

Para el acopio de la información se utilizaron fuentes virtuales; además se elaboraron y aplicaron entrevistas semi-estructuradas al Alcalde Municipal y al Jefe de la oficina Jurídica (J. Borja, comunicación personal, 28 de septiembre de 2012) y (Y. Mosquera, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012); al Personero municipal de Condoto (J. Perea, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012); al Párroco del municipio de Condoto (A. Cardona, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012); a la Secretaria de la Empresa minera Aluviones de Colombia (Y. Mosquera, comunicación personal, 27 de septiembre de 2012); al Secretario General del Consejo Mayor Comunitario de Condoto (J. Perea, comunicación personal, 28 de septiembre de 2012); Procurador Judicial Ambiental y Agrario (H. Hinestroza, comunicación personal, 16 de julio de 2012); Judicante de la Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria (O. Bejarano, comunicación personal, 15 de julio de 2012) (Gil, comunicación personal, 16 de julio 2012); Profesional especializado grado 18° (C. Mosquera, comunicación personal) y se presentaron derechos de petición a las diferentes autoridades públicas que tienen a su cargo la protección y eficacia de los derechos colectivos en el departamento del Chocó: Agencia Nacional de Minería (oficios radicados: N° 2012-261-020733-2 y 2012-261-028474-2) del 13 de julio de 2012 y del 13 de septiembre de 2012, a la Defensoría del pueblo (oficio radicado N° 5009-1.215) del 29 de junio de 2012, la Procuraduría Judicial Ambiental y Agraria (oficios radicados el 27/06/2012 6:30 pm) del 27 de junio de 2012, la Procuraduría Regional Seccional Chocó (oficio radicado N° 2163) del 29 de julio de 2012, Alcaldía Municipal de Condoto oficios enviados el 27 de junio de 2012 y reiterado el 28 de agosto de 2012, al Consejo Mayor Comunitario de Condoto (oficio enviado el 27 de junio de 2012), al INCODER (oficios radicados N° 52122100301) del 13 de agosto de 2012, a CODECHOCO (oficios radicados N° 2012-2-1874) del 29 de junio del 2012, a la Autoridad Minera Agencia Nacional Minera atención Quibdó (oficios radicados N° 20139120000272) del 11 de septiembre del 2013. Finalmente, se consolidó la información recolectada, se discutieron en grupo las conclusiones y recomendaciones, para terminar con la redacción del presente artículo.

3. CONTEXTUALIZACIÓN DEL MUNICIPIO DE CONDOTO

Condoto está localizado en la margen izquierda del río de su nombre, a una altura sobre el nivel del mar de 50 mts, con una distancia de Quibdó, capital del Depar-

tamento de Chocó, de 84 Km. Según el Censo de 2005, el 95.6% de la población residente en Condoto se auto reconoce como raizal, palanquero, negro, mulato, afro colombiano o afro descendiente y el resto indígena. (Plan de Desarrollo Municipio de Condoto-Chocó 2008-2011).

La base de la economía del municipio se soporta en el aprovechamiento de los recursos naturales renovables y no renovables, tales como el aprovechamiento forestal, la minería del oro y platino; la agricultura, con los productos maíz, yuca, plátano, ñame, chontaduro, borojó, achín y caña de azúcar y en menor escala la ganadería, en especial ganado vacuno, porcino, cría de peces y aves de corral. El sistema tradicional de extracción de metales preciosos existen diferentes formas de explotación minera entre ellas la minería manual, holladera el socavón, zabullido, mina corrida, mazamorreo y minería tecnificada. (Plan de Desarrollo Municipio de Condoto-Choco 2008-2011).

Las empresas nacionales y multinacionales con títulos en Condoto son: la multinacional ANGLGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A; la multinacional ROQUE DE JESUS HOMEZ ROBAYO INTERNATIONAL BUSINESS & INVESTMENTS LTDA”INBI LTDA; el Consejo Comunitario Mayor de Alto San Juan- ASOCA-SAN; COOMACOM. Los minerales explotados en el municipio de Condoto son: Oro, Platino, mineral de plata, mineral de Zinc, asociados, mineral de Molibdeno y Cobre. (Agencia Nacional de Minería, 2012).

4. DERECHO DE PRELACIÓN

El Estado colombiano se encontraba en mora de tomar medidas tendientes a generar espacios de integración y afirmación para la población afrodescendiente. Antes de la Constitución de 1991 no existía un esfuerzo por reconocer la subjetividad de este grupo social y atender sus demandas (Coronado, 2006, pág. 2), para dignificar su vida y propender por su desarrollo cultural, económico y social. Todos los derechos reconocido desde la Constitución de 1991, hacen parte de la política de acción afirmativa que el Estado colombiano ha reconocido para la población afrodescendiente; comprende acciones destinadas a desarrollar el principio de igualdad de los sujetos que se han encontrado en situaciones especiales de discriminación y con limitaciones a las oportunidades de desarrollo económico, social y cultural, (2006, pág. 3). De esta forma se establece en el artículo 7 de la Constitución Política de Colombia de 1991 que: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”, artículo 13 “... el Estado adoptará medidas a favor de grupos discriminados o marginados” (República de Colombia, 1991).

Entre los derechos relevantes que se le han otorgado a las minorías étnicas se encuentra el derecho de prelación definido por la Ley 70 de 1993: “Las comunidades negras de que trata la presente ley gozarán del derecho de prelación para que el gobierno, a través del Ministerio de Minas y Energía, les otorgue licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras de comunidades negras sobre los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por tales comunidades. Sin embargo, la licencia especial, podrá comprender otros minerales con excepción del carbón, minerales radioactivos, sales e hidrocarburos” (República de Colombia, 1993).

Inicialmente en el Código de Minas del 1974 el derecho de prelación consistía en que “la primera persona que encontrara un yacimiento de mineral tenía prelación para explotarlo” (Bruna 1971 pág. 2.).

El Código de Minas actual, Ley 685 de 2001¹ contempla en el artículo 133 que “Las comunidades negras tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en zona minera de comunidad negra” (República de Colombia, 2001). De igual manera, en los artículos 124, 133 y 134, se establece que las comunidades, grupos indígenas y las comunidades negras tendrán prelación para que las autoridades mineras les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena o en una zona minera de comunidades negras o en zona minera mixta, la cual puede comprender uno o varios minerales.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo XIV del Código de Minas, en aras de hacer efectivo el derecho de prelación consagrado por la ley minera a los grupos

1 El 9 de febrero de 2010 entró a regir la Ley 1382 de 2010, norma expedida para regular la actividad minera en Colombia. Sin embargo, esta Ley que modificaba el anterior Código de Minas (la Ley 685 de 2001), fue declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-366 del 11 de mayo de 2011. (Mendoza, 2012, pág. 2)

La nueva propuesta que presenta el Gobierno para sustituir la Ley que fue declarada inexecutable por la Corte, se elaboró a partir de la Ley 685 de 2001 aunque también retoma algunos conceptos de la Ley 1382 de 2010. De hecho, la propuesta de reforma consta de sólo 32 artículos y se limita a modificar, derogar o adicionar algunos artículos del Código Minero de 2001, una de las leyes recientes que con mayor contundencia afectan y afectarán los territorios colectivos étnicos del País. (2012, pág. 2)

Una primera consideración en relación con la Consulta Previa que se avecina es que este procedimiento debería realizarse sobre la totalidad de la norma (Ley 685 incluyendo adiciones y modificaciones), y no sólo sobre los artículos contemplados en el proyecto de reforma. Esto se sustenta en que por tratarse de una disposición que al fusionarse regulará, integralmente y para todo el territorio nacional, una materia como la minería, y en vista de que trata asuntos que afectan la integridad de los territorios, el uso de la tierra, los recursos naturales renovables y no renovables, la sociedad, la economía y la cultura de los pueblos indígenas y las comunidades negras, la norma debe entenderse como una unidad de consulta. (2012, pág. 3)

étnicos, es necesario para la debida ejecución de la ley y de las garantías allí consagradas, establecer un plazo para que tales grupos ejerciten su derecho de preferencia a fin de obtener el título minero para explorar y explotar.

La ley minera señala un plazo de 30 días para que la comunidad comparezca a hacer valer su derecho de prelación, no obstante no puede quedarse indefinidamente en el tiempo ya que el fin de la prelación es que la comunidad realice la explotación minera o desarrollen un proyecto minero dentro de su área a través de un contrato de concesión minera, razón por la cual se hace necesario establecer un término para la presentación de la propuesta del contrato de concesión, lo anterior se sustenta en los artículos 3 y 297 de la Ley 685 de 2001. (Ministerio de Minas y Energía, 2010). El artículo 297 de la Ley 685 de 2001 estipula taxativamente: “Remisión: en el procedimiento gubernativo y en las acciones judiciales en materia minera, se estará en lo pertinente, a las disposiciones del Código Contencioso Administrativo y para la forma de practicar las pruebas y su valoración se aplicaran las del Código Procedimiento Civil. Así las cosas, es necesario remitirse a las normas generales establecidas en la legislación administrativa para establecer el tiempo en que debe la comunidad presentar la propuesta de contrato de concesión. (Ministerio de Minas y Energía, 2010).

De acuerdo con la ley minera, en los casos que se haga efectivo el derecho de prelación la autoridad minera deberá requerir a la comunidad étnica, con el fin que presente la propuesta de contrato de concesión en el término de dos 2 meses, so pena de entender desistida la solicitud de prelación y en consecuencia se continuará con el estudio de la propuesta de contrato de concesión que dio inicio al trámite.

El artículo 275 del Código de Minas, establece el procedimiento para ejercer el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas, si el área solicitada por un particular estuviere ubicada en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixtas. Según el cual “en caso de existir propuesta de contrato de concesión de terceros, en zonas mineras indígenas, de comunidades negras o mixta, la autoridad minera deberá comunicar por intermedio del Ministerio del Interior, a los representantes de los grupos étnicos, a efecto de notificarlos con el fin que comparezcan para hacer valer su preferencia en el término de treinta (30) días, contados a partir de su notificación. (República de Colombia, 2011).

En virtud de lo anterior, se entiende que en los territorios indígenas y afrocolombianos, las comunidades tienen derecho de prelación para la exploración y explotación de los recursos que se encuentren en su jurisdicción. Por lo tanto, si una compañía, organización o particular quiere obtener un título minero dentro de estos territorios, las comunidades son notificadas y tienen hasta 30 días para radicar la documentación necesaria. Si no radican los documentos, o si los radican

de manera incorrecta, el título minero es adjudicado una vez revisada la propuesta a la compañía o el individuo que hizo la solicitud.

Frente al particular la Corte Constitucional en sentencia T 955 del 2003 ha manifestado lo siguiente:

“Siendo entendido que el Ministerio del Interior deberá agotar todos los medios legales pertinentes para notificarle efectivamente a los representantes de los grupos étnicos la propuesta de contrato de concesión, en orden a que éstos tengan la oportunidad real de pronunciarse sobre el susodicho derecho de preferencia. Pero hay más: antes de que comiencen a correr los 30 días de que trata el artículo 275, el Gobierno deberá entregarle a los grupos étnicos información satisfactoria sobre la propuesta de contrato de concesión, a fin de que éstos puedan debatir y decidir sobre el asunto. A su vez el Gobierno debe explicarles la forma en que pueden participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, advirtiéndoles sobre las alternativas de explotación que tienen las comunidades étnicas, las cuales implican una acción positiva del Estado, incluso de carácter económico (v.gr. créditos de fomento, asistencia técnica, capacitación administrativa y de mercadeo), con el objeto de hacer efectivo el derecho de preferencia de los grupos étnicos. Sin embargo, ¿qué sucede cuando las autoridades comunitarias, ya sea en el marco de las zonas mineras indígenas o las mixtas, deciden no ejercer su derecho preferencial o lo hacen por fuera del término estipulado? Para responder el anterior interrogante, siendo que la norma guarda silencio al respecto, se debe tener presente el objetivo de garantizar el derecho de los grupos étnicos a ejercer y preservar su autonomía e integridad, toda vez que la efectividad de ese derecho no puede estar supeditada a que dichos pueblos posean o no un título minero.

La Corte Constitucional ha establecido que el Estado “garantizará y facilitará la capacitación de los integrantes de las comunidades concesionarias en las prácticas y técnicas adecuadas para cada etapa del proceso de producción para asegurar el éxito económico y el desarrollo sustentable de los integrantes de la región”; y dará prioridad a las propuestas, relativas a la explotación de los recursos forestales, de “la gente de las comunidades negras”.

Por consiguiente las autoridades de la República, en especial las ambientales, están en el deber i) de apoyar a las comunidades negras en las acciones que emprendan para impedir el uso de la tierra y la explotación de sus recursos naturales por personas ajenas, y ii) sancionar a quienes se aprovechen de ese productos de los suelos y bosques de sus territorios colectivos (2003, Sentencia T- 955 2003).

En la sentencia citada, la Corte Constitucional ha sido enfática en establecer, que antes de realizarse la notificación formal de la propuesta de concesión de terceros en territorios de comunidades negras, momento a partir del cual, comienza a correr el término de 30 días que tienen estos grupos étnicos para hacer efectivo el

derecho de prelación, el Gobierno debe suministrarle información clara, precisa y completa sobre la propuesta de concesión, de lo contrario, no se garantizaría el derecho de prelación.

5. LA EXPLOTACIÓN DE MINERALES EN EL MUNICIPIO DE CONDOTO.

Al municipio de Condoto le corresponde un total de 89.000 hectáreas de tierra, las cuales, según datos del INCODER, el 97% del territorio corresponde al área rural (86.500 has) de las cuales el 95,1% es declarada disponible para una eventual titulación colectiva tanto para comunidades negras como indígenas. De las 86.500has disponibles, unas 8000has (un 9,2% del total de áreas) están reservadas a las comunidades indígenas de Alto Bonito y Vira Vira. Se tiene entonces, que unas 74.344 has (el 83.5% del total del territorio de Condoto) son áreas susceptibles de titulación colectiva para unas 48 comunidades negras rurales, equivalentes al 50.76% de la población condoteña, unos 10.107 campesinos (Sánchez, 2004, pág. 71).

Siguiendo con lo planteado por Sánchez (2004, pág.72), en el trabajo étnico organizativo se tomó la decisión de agrupar comunidades veredales en 21 consejos comunitarios corregimentales teniendo en cuenta las dinámicas socioculturales y económicas de sus cuatro ríos, los consejos todos están inscritos ante la alcaldía municipal de Condoto y son los siguientes:

TABLA 1. RELACIÓN DE CONSEJOS COMUNITARIOS LOCALES EN EL MUNICIPIO DE CONDOTO

CONSEJOS COMUNITARIOS DE COMUNIDADES NEGRAS EN LA CUENCA DEL RÍO CONDOTO			
RÍO CONDOTO	RÍO IRÓ	RÍO TAJUATO	RÍO OPOGODO
Guarapito, Aguacate,	La Encharcazón,	Planta-Tegaisa	Guamo- El Tigre
Florida- Muriña,	Viro Viro	Soledad de Tajuato	Jigualito
la Unión,	Calle del Cedro	Consuelo	Opogodo
Acoso,	Santa Bárbara	de Andrapeda	La Hilaria
Santa Ana,	Santa Rita		
El Paso,	Tadocitico		
Río Grande.			

Fuente: (2004, pág.72).

Estos consejos comunitarios solicitaron ante INCORA (El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria) ahora INCODER el título colectivo de sus territorios por un total de 74.344 has (83.5% del territorio municipal). El INCORA (Resolución número 001177 del 16 de julio de 2002), adjudicó en calidad de “Tierras de las Comunidades Negras”, los terrenos baldíos ocupados colectivamente por la Comunidad Negra organizada en el Consejo Comunitario Mayor del Municipio de Condoto y Río Iró, ubicados en jurisdicción de los municipios de Condoto y de Río Iró, departamento del Chocó (Ministerio del Interior, 2002).

En el Artículo 131 de la Ley 685 de 2001 se establece que dentro de los terrenos baldíos ribereños, adjudicados por el INCORA como propiedad colectiva de una comunidad negra, a solicitud de ésta, la autoridad minera podrá establecer zonas mineras especiales, y establecerá la extensión y linderos de dichas zonas. Dentro de estas zonas la autoridad concedente a solicitud de la autoridad comunitaria otorgará concesión como titular a la aludida comunidad y no a sus integrantes individualmente considerados. (República de Colombia, 2001)

El municipio de Condoto fue declarado como una Zona Minera Negra mediante la Resolución 181794 del 14 diciembre de 2006 con un área de 72.206,7, con base en solicitud presentada el 14 de enero de 2004 (Defensoría Del Pueblo para los Derechos Colectivos y del Ambiente, 2010).

De acuerdo con la información suministrada por la Agencia Nacional de Minería, en Condoto se identificaron cinco títulos mineros vigentes en ejecución, las empresas que tienen los títulos son la multinacional ANGLOGOLD ASHANTI COLOMBIA S.A., bajo la modalidad de Contrato de Concesión, en los municipios de Risaralda, Condoto y Tadó para la explotación de Cobre, mineral de plata, mineral de Zinc, asociados Oro, Platino, mineral de Molibdeno desde el 30 de diciembre de 2009 hasta el 29 de diciembre de 2039; esta misma empresa cuenta con título minero para la explotación en el municipio de Condoto- Chocó bajo el contrato de concesión de los minerales de Cobre y sus concentrados, minerales de Plata y sus concentrados, Minerales de Oro y sus concentrados, minerales de Platino y sus concentrados, minerales de Zinc y sus concentrados minerales de Molibdeno desde el 24 de febrero de 2012 hasta el 23 de febrero de 2042 y la multinacional ROQUE DE JESUS HOMEZ ROBAYO INTERNATIONAL BUSINESS & INVESTMENTS LTDA”INBI LTDA”, bajo la modalidad de Contrato de Concesión en el municipio de Condoto, para la explotación de DEMAS-CONCEBIBLES oro, platino y plata desde el 25 de enero de 2012 hasta el 24 de enero de 2042. (Agencia Nacional de Minería, 2012).

Igualmente, tiene título ASOCASAN (Consejo Comunitario Mayor de Alto San Juan), bajo la modalidad de Licencia especial para comunidades, con

minerales por definir en los municipios de Unión Panamericana, Istmina, Condoto y Tadó desde el 27 de febrero de 2007, con vigencia indeterminada, bajo la modalidad de Contrato de Concesión de los minerales Platino minerales de oro y sus derivados desde el 8 de enero de 2008 hasta el 07 de enero de 2036. (Agencia Nacional de Minería, 2012).

El Consejo Comunitario Mayor de Condoto y Río Iró ha realizado 29 solicitudes de contrato de concesión, de los cuales le fueron otorgados en enero de 2013 quince (15) títulos mineros de acuerdo a respuesta dada por la Agencia Nacional de Minería de la Vicepresidencia de contratación y titulación, Gerencia de Catastro y Registro minero (Agencia Nacional de Minería, 2012).

Para la explotación de los recursos minerales en su territorio el Consejo Comunitario Mayor de Condoto utiliza el Programa Oro Verde, una propuesta que surge como alternativa productiva sostenible, que busca revertir los procesos de degradación de los ecosistemas estratégicos, causada por los modelos extractivos agresivos como la minería mecanizada, fomentando prácticas ambientales y socialmente responsables mediante un riguroso sistema de certificación de los procesos de explotación minera. Este programa nace en 1999 a partir de la alianza entre las comunidades Afrocolombianas del Alto San Juan y Condoto, representadas por sus respectivos consejos comunitarios mayores (Asocasan, C.C.C.), la Fundación Las Mojarras y la Fundación Amigos del Chocó, vínculo formalizado en el año 2001 con la creación de la Corporación Oro Verde (Quinto, 2010).

6. CONCLUSIONES

El Estado tiene el deber de promover el derecho de prelación para que sea una total realidad para las comunidades afrocolombianas y por lo tanto, debe emprender programas concretos que posibiliten el ejercicio de este derecho.

El derecho de prelación no consiste simplemente en informarle a los Consejos Comunitarios sobre las solicitudes de terceros hechas en sus territorios colectivos. A su vez el Gobierno, debe no solo explicarles la forma en que pueden participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos, sino apoyarlos con asistencia técnica y económica. Advertirles sobre las alternativas de explotación que tienen las comunidades étnicas, lo cual implica una acción positiva del Estado, incluso de carácter económico (v.gr. créditos de fomento, asistencia técnica, capacitación administrativa y de mercadeo), con el objeto de hacer efectivo el derecho de preferencia de los grupos étnicos. (2003, Sentencia T- 955 2003).

En el municipio de Condoto- Chocó se garantiza de manera parcial el derecho de Prelación, debido a, que de los títulos mineros otorgados a la fecha, el primer beneficiario fue Anglogold Ashanti Colombia e International Business & Investments Ltda y solo hasta enero de 2013, al Consejo Comunitario Mayor de Condoto río Iró se le otorgaron títulos mineros que corresponden a la mitad de los solicitados. Este fenómeno; tiene su cimiento en la realidad económica de estas comunidades que le impide cumplir con todos los requisitos establecidos por la ley, para que su propuesta sea viable y pueda ser acogida preferentemente en relación con una solicitud hecha por terceros, por lo que se termina aceptando la solicitud realizada por las Multinacionales y particulares; resulta importante establecer si para estas comunidades ¿es más benéfico hacer uso de su derecho de prelación y competir en condiciones desiguales o no hacer uso de esta prerrogativa legal y bajo la defensa de sus derechos tradicionales y ancestrales acogerse a la ley pero en busca de la participación que exige la misma, de miembros de grupos étnicos en las labores de exploración que se desarrollen en su territorio?. En esta investigación se considera que es mejor la segunda opción, porque mientras el Estado no le garantice el acompañamiento, capacitación y recursos económicos a la población afrodescendiente que le permita equilibrar la balanza frente a grandes multinacionales el derecho de prelación no se hará efectivo de manera real.

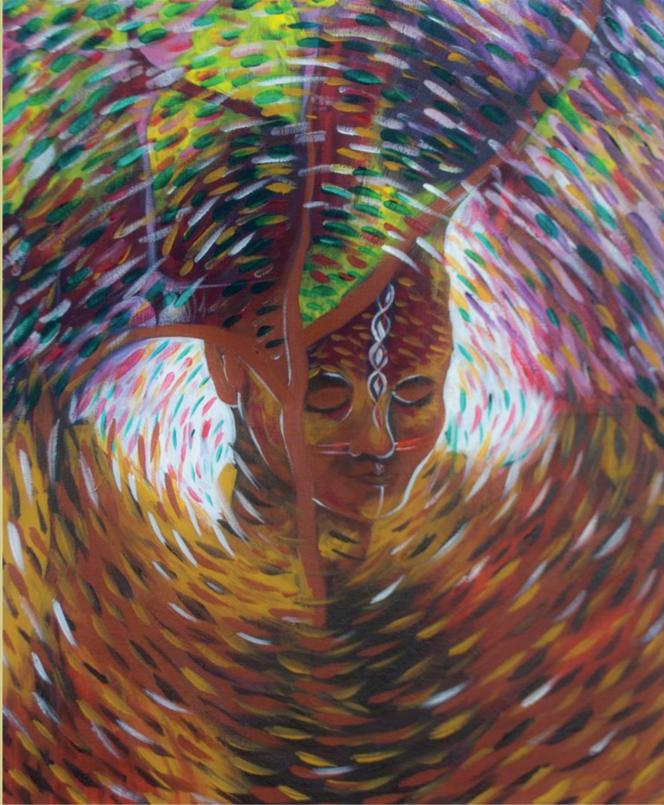
Sumado a lo anterior, la falta de regulación normativa del derecho de prelación de las comunidades negras sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en zona minera de comunidad negras, genera abuso de las autoridades, la normatividad da unos pincelazos sobre el derecho de prelación que tienen las comunidades negras, pero existen muchos vacíos. La ausencia de reglamentación que establezca cómo ejercer adecuadamente este derecho, tiene impacto directo en el desconocimiento de derechos fundamentales de las comunidades negras.

7. REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA

Agencia Nacional Minera Vicepresidencia de Contratación y Titulación Gerencia de Catastro y Registro Minero. Títulos mineros vigentes en el municipio de Condoto. (2012). *Derecho de petición radicado bajo el N° 2012-261-028474-2 del 13/09/2012, donde se remite el listado de títulos y solicitudes vigentes existentes en el Municipio de Condoto en el departamento del Choco, que se encuentran de manera parcial o total sobre tierras de Comunidades Negras*. Colombia.

De Investigación y Educación Popular/ programa por la paz. (2012). Informe especial de minería, conflictos sociales y violación de derecho humanos en Colombia, Bogotá D.C: Colombia, Recuperado en https://www.google.com.co/url?sa=f&rct=j&url=http://www.cinep.org.co/index.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_dow

- nload%26gid%3D263%26Itemid%3D117%26lang%3Des&q=&esrc=s&ei=g5NsUcSwDqm_0gHK_oHIAw&usg=AFQjCNHUWcdC4hgiN5KaLZyLT1FKILeo5g
- Corte Constitucional de Colombia. (2002). *Sentencia C-891 del 2002*. República de Colombia
- Corte Constitucional de Colombia. (2003) *Sentencia T 955 del 2003*. República de Colombia.
- Defensoría Delegada para los Derechos Colectivos y del Ambiente. (2010). minería de hecho en Colombia. Bogotá D.C: Colombia, Recuperado en <http://es.scribd.com/doc/59495016/16/El-derecho-de-prelacion>
- Coronado Andrés. (octubre de 2006). El territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia. Página 2. Recuperado de <http://portales.puj.edu.co/dulcepena/EL%20TERRITORIO%20AFRODESENDIENTES.pdf>
- Ginebra, suiza. (1989). Convenio de la Organización Internacional del Trabajo Nro. 169 *sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes*. Ginebra.
- Gruoso Carlos Zenón. Plan de Desarrollo Municipio de Condoto-Chocó. 2008. Condoto. Recuperado de [http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/condoto%20-%20choco%20-%20pd%20-%202008%20-%202011%20\(pag%2089%20-%204.460%20kb\).pdf](http://cdim.esap.edu.co/BancoMedios/Documentos%20PDF/condoto%20-%20choco%20-%20pd%20-%202008%20-%202011%20(pag%2089%20-%204.460%20kb).pdf)
- Mendoza Diana Alexandra. (Agosto 2012). Reforma del Código Minero Colombiano. Página 2. Recuperado de http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2012/08/Documento-de-trabajo_Observaciones-al-proyecto-de-reforma-del-CODIGO-DE-MINAS_Ago-2012.pdf
- París, Francia. (1948). Organización de las Naciones Unidas. Declaración Universal de los Derechos Humanos. París.
- SÁNCHEZ, Jhon (2004). *Condoto Crónicas y Leyendas*. Santiago de Cali, Colombia: Artes gráficas del Valle Ltda.
- Sitio oficial de Condoto en Choco Colombia, Condoto gente que sirve a la Gente. Recuperado de <http://condoto-choco.gov.co/presentacion.shtml>
- Sarmiento Mariana. Código Minero: ¿Otra oportunidad perdida? (febrero 2013). Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/econom-y-sociedad-temas-29/3580-codigo-minero-iotra-oportunidad-perdida.html>
- Ministerio del Interior. (2012). http://derecho.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=2167%3AAla-disputa-por-los-recursos-naturales-en-los-territorios-frocolombianos&catid=42&Itemid=86&lang=es
- Programa de Justicia Global y Derechos Humanos y Observatorio de Discriminación Racial. Programa de Justicia Global y Derechos Humanos Universidad de los Andes.201. Recuperado de file:///C:/Users/PC/Downloads/DisputaRecursosNaturales_entrega5_abril19del2011__2_.pdf
- Villas-Bôas & Aranibar Ana Maria. (Mayo 2003). Pequeña Minería y Minería Artesanal en Iberoamérica. Recuperado de <http://www.cetem.gov.br/files/docs/livros/2003/Pequena%20Mineria-rev00.pdf>



Título: Espiral

Técnica: Acrílico sobre lienzo

Dimensión: 60 x 50 cm.

Año: 2013

CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE GAS NATURAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE CONDICIONES DE LIBRE COMPETENCIA*

* Artículo resultado del proyecto de Investigación titulado: “De las prácticas restrictivas de la competencia y los actos de competencia desleal en los servicios públicos domiciliarios en Colombia: el sector de gas natural” perteneciente a la línea de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada.

Fecha de recepción: abril 3 de 2014

Fecha de aprobación: junio 10 de 2014

CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE GAS NATURAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE CONDICIONES DE LIBRE COMPETENCIA

*Andrea Alarcón Peña***

RESUMEN

La existencia de un sistema de mercado cobijado por las reglas de la libre competencia con algunas restricciones y limitaciones dadas por el legislador y el regulador, ponen de presente la necesidad de verificar la dinámica que se registra en el marco de esta realidad de cara a las sanciones e investigaciones que contra agentes del sector de gas natural domiciliario en Colombia se han producido desde el año 2002 hasta la fecha. Las conductas que generan los agentes del mercado mencionado producen consecuencias que afectan el derecho a la competencia –garantía constitucional-, lesionando, finalmente, a los usuarios del servicio. Un análisis de las condiciones del mercado de gas natural en Colombia (servicio público domiciliario ligado a la realización de objetivos del Estado Social de Derecho) se realiza en el presente artículo a partir de las sanciones e investigaciones que a la fecha se han adoptado en contra de empresas que intervienen en el sector.

Para poder abordar los actos que limitan y restringen la competencia y el buen funcionamiento del mercado es preciso analizar las características que el sector registra. Los antecedentes constituyen pilar fundamental de este estudio a fin de identificar los agentes que participan del mismo y la condición en que lo hacen.

A partir de este ejercicio descriptivo, es posible aproximarnos a un estudio de las prácticas restrictivas de la competencia y los actos de competencia desleal que se presentan en el sector a partir del año 2002 tomando como base las resoluciones proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios y, actualmente, la Superintendencia de Industria y Comercio, en investigaciones contra empresas del sector.

Palabras clave: Mercado, libre competencia, servicios públicos domiciliarios, oligopolio, monopolio, abusos de posición dominante, actos de competencia desleal, prácticas restrictivas de la competencia.

CHARACTERISTICS OF THE NATURAL GAS MARKET IN COLOMBIA: ANALYSIS OF FREE COMPETENCY CONDITIONS

ABSTRACT

The existence of a market system sheltered by the rules of free competition with some restrictions and limitations given by the legislator and the regulator, put forward the need to verify the dynamic that is recorded as part of this reality in the face of sanctions and investigations against law domestic natural gas sector in Colombia have occurred since 2002 to date. Behaviors that generate above market players have consequences that affect competition law constitutionally-guaranteed, injuring finally to service users. An analysis of market conditions for natural gas in Colombia (public residential tied to the achievement of objectives of the rule of law) is done in this article from the sanctions and investigations to date have been taken against companies involved in the sector.

In order to address the acts that limit and restrict competition and the functioning of the market is necessary to analyze the sector characteristics recorded. The backgrounds are fundamental pillar of this study to identify the actors involved and the condition thereof they do. From this descriptive exercise, it is possible to approach a study of anti-competitive practices and unfair competition arising in the sector from the year 2002 on the basis of the decisions rendered by the Superintendent of Public Services and now the Superintendency of Industry and Commerce, in investigations against companies.

Key words: Market, Public Services, competition, oligopoly, monopoly, abuse of dominant position, unfair competition, anti-competitive practices.

** Abogada de la Universidad Santo Tomás, especialista en Derecho comercial y los negocios de la USTA, Magister en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia, Candidata a Doctora en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia – España. Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada y de la Universidad San Buenaventura de Bogotá.

CARACTERÍSTICAS DEL MERCADO DE GAS NATURAL EN COLOMBIA: ANÁLISIS DE CONDICIONES DE LIBRE COMPETENCIA

1. ANTECEDENTES

El mercado de gas natural¹ en Colombia surgió ligado a la explotación de petróleo. Inicialmente no era un producto aprovechado, por el contrario era quemado en las teas de los campos petroleros y solo hasta el año 1961 el legislador colombiano prohibió de forma explícita su quema a través de la ley 10 de ese año (Guerrero & LLano, 2003), norma que fue ratificada a través del decreto 1873 de 1973.

Con el descubrimiento de los yacimientos de Chuchupa, Ballenas y Riohacha en la Guajira en el año 1973 por parte de la empresa Texas Petroleum Company, se inició un proceso de explotación de gas natural en el país a gran escala. Sin embargo, por ser un mercado reciente la producción distaba en mucho de la demanda que era reducida. A pesar de esto, y con el fin de dinamizar el mercado, se inició un proceso de sustitución de fuel oil por gas natural para generación térmica produciendo así una activación del mercado.

No obstante fue el descubrimiento del yacimiento de Cusiana y Cupiagua² en 1990 el que potenció el crecimiento y desarrollo del mercado del gas natural en el país. A partir de este se expiden los documentos CONPES Nos. 2571 de 1991³ y 2646

-
- 1 El gas natural es una mezcla de hidrocarburos gaseosos que se han formado en el subsuelo producto del proceso de descomposición de materia animal y vegetal sepultada en la tierra durante millones de años. El gas natural es un combustible que en su Estado natural es incoloro, no tiene sabor, inodoro y no es tóxico. El gas natural se encuentra conformado por hidrocarburos entre los que vale la pena mencionar el metano (CH₄), y en menor proporción etano (C₂H₆), propano (C₃H₈) y butano (C₄H₁₀). Los otros elementos son el anhídrido carbónico, el sulfhídrico, el nitrógeno, y en menores cantidades agua, helio, argón e hidrógeno. (Gases del Caribe S.A E.S.P, 2011). El gas no asociado o libre tiene una proporción baja de hidrocarburos líquidos. Los hidrocarburos son compuestos formados por la combinación de carbono e hidrógeno que pueden concurrir bajo las modalidades: líquidas, sólidas y gaseosas.
 - 2 Este descubrimiento se realizó por Ecopetrol en asocio con la British Petroleum Company. Gracias a este acontecimiento, al que se sumaba el yacimiento de Caño Limón Coveñas (descubierto en el año 1983) Colombia asumió un nuevo papel en mercado petrolero a nivel mundial.
 - 3 El “Programa para la masificación del consumo de gas” pretendía generar incentivos para los consumidores del interior del país para sustituir el consumo de combustibles de alto costo debido a la existencia de reservas importantes y a las características ambientales de este recurso.

de 1993⁴ a través de los cuales se produjo una masificación del gas domiciliario y del gas natural vehicular (Departamento Nacional de Planeación, 2002)⁵.

Con el fin de cumplir con los objetivos planteados en estos documentos Ecopetrol contrató y asumió la financiación de los gasoductos Ballena – Barranca (fue el primer gasoducto en desarrollarse una vez expedido el plan de masificación de gas natural de 1993), Boyacá – Santander y Mariquita – Cali (a través de contratos BOMT⁶) y Sebastopol – Medellín, Payoa – Bucaramanga y Hobo – Neiva.

Estas obras fueron realizadas con apoyo y financiamiento de capital privado para minimizar el impacto que en las finanzas públicas generaría la construcción de este tipo de infraestructura⁷.

A estas circunstancias además se suma el racionamiento de energía del año 1992 que generó la obligación de renovar las herramientas para generar energía⁸ instalando plantas térmicas a gas lo que conllevó a una reforma del sector eléctrico. La construcción de estas plantas condujo a una mayor confiabilidad en la política energética del país.

Esta situación generó un incremento paulatino del consumo de gas natural no solo para las centrales de generación de energía, sino para los sectores industrial,

-
- 4 “Plan de gas. Estrategia para el Desarrollo del programa de Gas” A través de este documento, el gobierno generó acciones para garantizar el suministro eficiente de gas mediante la explotación y exploración continua de nuevos yacimientos, la construcción de una red troncal de gasoductos la ampliación del sistema de transporte que existía hasta el momento y la generación de un mercado en los sectores termoeléctrico, residencial e industrial en el país.
 - 5 No obstante la mención a estos dos documentos CONPES, vale la pena mencionar el documento No. 3244 de 2003 mediante el cual se diseñan estrategias para la dinamización y consolidación del sector de gas natural en el país y el No. 3190 de 2002 que contiene una evaluación del plan de masificación de consumo de gas natural.
 - 6 Build, operate, maintain and transfer: Contratos de construcción, operación, mantenimiento y transferencia de un gasoducto de transporte de gas natural. Los gasoductos son construidos por terceros pero administrados por una de las empresas del sector.
 - 7 Los altos costos que demanda la construcción de infraestructura adecuada para la exploración, explotación y transporte implica costos hundidos de difícil recuperación para los inversores. Por esta razón el Estado consideró financieramente viable acudir a los inversionistas privados para que apoyaran estos procesos e ingresaran al sector.
 - 8 El problema que se presentó en el año 1992 y que condujo al racionamiento de energía decretado por el entonces presidente Cesar Gaviria Trujillo obedeció al “fenómeno del niño”. La escasez de lluvias generó un déficit en las hidroeléctricas que funcionaban con generación hidráulica –alta dependencia del recurso hídrico-. En 1992 la generación hidráulica representaba más del 80% de la generación de energía, situación que ha sufrido grandes cambios, hoy este porcentaje se redujo a un 63%, mientras que centrales térmicas a gas han aumentado a 20.5% (Corredor, 2009). Esta apreciación encuentra soporte en el Documento CONPES 2534 de 1991 que señaló “La capacidad de generación eléctrica supera el consumo de los habitantes e industrias conectadas por medio del sistema de distribución. Durante los últimos años ha existido una sobre instalación del sistema de generación entre el 30% y 40% de la capacidad efectiva instalada”.

residencial y comercial generando una masificación en el consumo de gas natural (atendiendo a los objetivos del Documento CONPES 2571 de 1991)

Este panorama puso de presente la necesidad de promulgar un nuevo marco normativo que respondiera al crecimiento que registraba el sector, las leyes 142 y 143 del 1994 generaron un marco normativo adecuado para el Sector de los Servicios Públicos Domiciliarios. La ley 142 determinó que para el sector de gas natural⁹ podrían desarrollarse áreas de servicio exclusivas (Artículo 40) con el fin de garantizar la prestación del servicio en ciertas regiones en las cuales la entrada de nuevos competidores estaría restringida por la existencia de una barrera de entrada legal. Las áreas de servicio exclusivo, cumplen una función y un interés social: permitir el acceso a ciertos servicios públicos domiciliarios a personas de menores ingresos, al considerar que en el Estado colombiano la calidad de vida está ligada a la cobertura y prestación de los SSPPDD.

Estas áreas constituyen una excepción al régimen de libre competencia promulgado por la Constitución, sin embargo, es preciso tener en cuenta que la existencia de las mismas se encuentra ligada a la provisión de la prestación del servicio a ciertos sectores o comunidades que en otras condiciones no sería posible atender; este mecanismo genera incentivos para ofertantes del servicio que en condiciones de mercado competitivo no serían atractivas por los altos costos y el bajo porcentaje de recuperación de inversión.

Las áreas de servicio exclusivo sólo pueden generarse a partir de un proceso licitatorio público autorizado por la CREG. El proceso de concesión de estas áreas está sometido a una vigilancia especial con el fin de evitar abusos en contra de los usuarios y abusos de la condición monopólica que ostenta el agente prestador del servicio en estas condiciones.

A su vez, ordenó la creación de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG)¹⁰ –adscrita al Ministerio de Minas y Energía- y determinó que aunque

9 El artículo 14.22 de la ley 142 de 1994 determinó que el gas natural es un servicio público domiciliario (además del acueducto, alcantarillado, energía eléctrica, telefonía pública básica conmutada y telefonía móvil rural) entendido como: "... el conjunto de actividades ordenadas a la distribución de gas combustible, por tubería u otro medio, desde un sitio de acopio de grandes volúmenes o desde un gasoducto central hasta la instalación de un consumidor final, incluyendo su conexión y medición. También se aplicará esta Ley a las actividades complementarias de comercialización desde la producción y transporte de gas por un gasoducto principal, o por otros medios, desde el sitio de generación hasta aquel en donde se conecte a una red secundaria"

10 Entre las funciones asignadas a la CREG por el artículo 74.1 se encuentran:

"a) Regular el ejercicio de las actividades de los sectores de energía y gas combustible para asegurar la disponibilidad de una oferta energética eficiente, propiciar la competencia en el sector de minas y energía y proponer la adopción de las medidas necesarias para impedir abusos de posición dominante y buscar la liberación gradual de los mercados hacia la libre competencia. La comisión podrá adoptar reglas de comportamiento diferencial, según la posición de las empresas en el mercado.

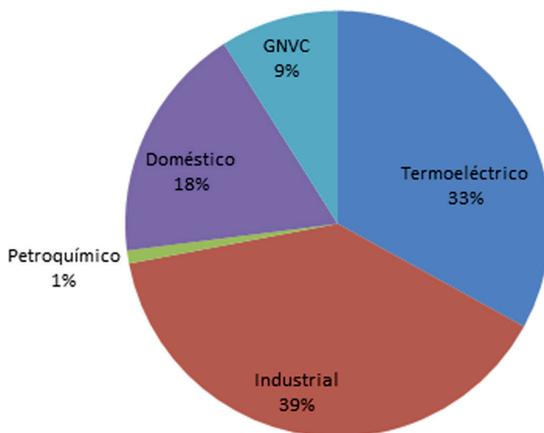
los particulares estaban autorizados para prestar servicios públicos domiciliarios, esta actividad estaría sometida a un régimen especial legal y constitucionalmente determinado; a partir de esta disposición, los agentes prestadores de este tipo de servicios deberían organizarse como Empresas de Servicios Públicos (E.S.P.)¹¹ (Atehortúa Ríos, 2008, pág. 87).

Como resultado de la política de masificación del consumo de gas¹² y con el nuevo régimen legal se produjo un incremento en el número de usuarios de gas natural en todos los sectores, con una participación en el total del mercado que refleja la siguiente gráfica

Aunque el mayor consumo se registra en el sector termoeléctrico e industrial, el sector doméstico es el que mayor número de usuarios tiene. Para el año 2009 el Ministerio de Minas y Energía señalaba que el número de usuarios de gas natural ascendía a 5.293.196 en el sector residencial (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2010) - en este, la mayor cantidad de usuarios se ubican en el estrato 2 seguidos por el 3-, en el sector industrial el número de usuarios era de 3.237 y en el comercial de 89.438.

En el sector industrial, hasta el año 2006¹³, los mayores usuarios de gas natural correspondían al sector cemento y químico, concentrando el 79,6% del gas ofertado (UPME, 2006). En el sector termoeléctrico las plantas térmicas que consumen

-
- b) Expedir regulaciones específicas para la autogeneración y cogeneración de electricidad y el uso eficiente de energía y gas combustible por parte de los consumidores y establecer criterios para la fijación de compromisos de ventas garantizadas de energía y potencia entre las empresas eléctricas y entre éstas y los grandes usuarios;
 - c) Establecer el reglamento de operación para realizar el planeamiento y la coordinación de la operación del sistema interconectado nacional y para regular el funcionamiento del mercado mayorista de energía y gas combustible;
 - d) Fijar las tarifas de venta de electricidad y gas combustible; o delegar en las empresas distribuidoras, cuando sea conveniente dentro de los propósitos de esta Ley, bajo el régimen que ella disponga, la facultad de fijar estas tarifas.
 - e) Definir las metodologías y regular las tarifas por los servicios de despacho y coordinación prestados por los centros regionales y por el centro de despacho.”
- 11 El artículo 17 de la ley 142 de 1994 determina que las E.S.P. son sociedades por acciones y estas a su vez, de conformidad con los numerales 5, 6 y 7 del artículo 14 de la misma norma podrán ser oficiales (en las cuales los aportes de la Nación, las entidades territoriales o las entidades descentralizadas equivalen al 100%), mixtas (en las cuales el porcentaje de participación de la nación, las entidades territoriales o descentralizadas equivalen al 50%) o privadas (aquellas en las que el capital pertenece mayoritariamente a particulares). Sin embargo, adicionales a estas, existen los operadores marginales de servicio privado, los operadores marginales de servicio estatal, empresas industriales y comerciales del Estado, municipios en gestión directa y sociedades organizadas.
 - 12 El mercado de gas natural se caracteriza por tener pocos sustitutos a los cuales los demandantes puedan desplazarse: gas propano y energía eléctrica.
 - 13 La información del sector industrial no encuentra referentes informativos más recientes.



Gráfica No. 2 Consumo de gas natural por sectores

Fuente: *Elaboración propia a partir de los datos reflejados en la ponencia*

“Gas natural en Colombia los restos institucionales” (Uribe, 2010)

mayor cantidad de gas natural para generación son TEBSAB (28,5%) y TermosierraB (17,5%), sin embargo, es la generadora TEBSA la que mayor proporción de generación a gas natural registra (64,107%). En el sector de gas natural vehicular los mayores demandantes corresponden a vehículos de servicio público, sin embargo, el 33,7% de los vehículos con GNV se ubican en la ciudad de Bogotá.

Estrato	Usuarios residenciales a gas natural	Porcentaje
1	920.900	17.39%
2	2.007.032	37.91%
3	1.562.879	29.52%
4	473.982	8.95%
5	202.111	3.81%
6	126.424	2.38%
Total	5.293.328	100%

Gráfica No. 3 Usuarios de gas natural por estrato y porcentaje respecto del total al año 2009¹⁴

Fuente: *Elaboración propia a partir de los datos encontrados en el Informe sectorial de la SSPD de 2002 – 2009*

14 La información que se presenta en cuanto al número de usuarios corresponde al año 2009, datos adicionales no pudieron ser consultados por cuanto el último informe sectorial de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios corresponde al periodo 2002 – 2009.

Estas cifras resultan interesantes al considerar que en el año 1991 el número de usuarios de gas natural no superaba los quinientos mil y en el 2009 el número de usuarios representaba poco menos del 85% de la población colombiana. (Restrepo, 2010) Así mismo, en el año 1991 el número de municipios con cobertura de gas natural no superaba los 32 y al 2009, 505 municipios contaban con el servicio (45% del total de municipios del país, sumados a 36 municipios que aunque se encontraban anillados no contaban aun con el servicio) (Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios, 2010, pág. 90).

Sumado a lo anterior es interesante considerar como en el año 2010 el número de poblaciones aumentó a 565 en 24 departamentos; el número de kilómetros de gasoductos es de 7474 km y la Región Andina concentra el mayor número de usuarios (62%) seguida de la Región Caribe (22%).



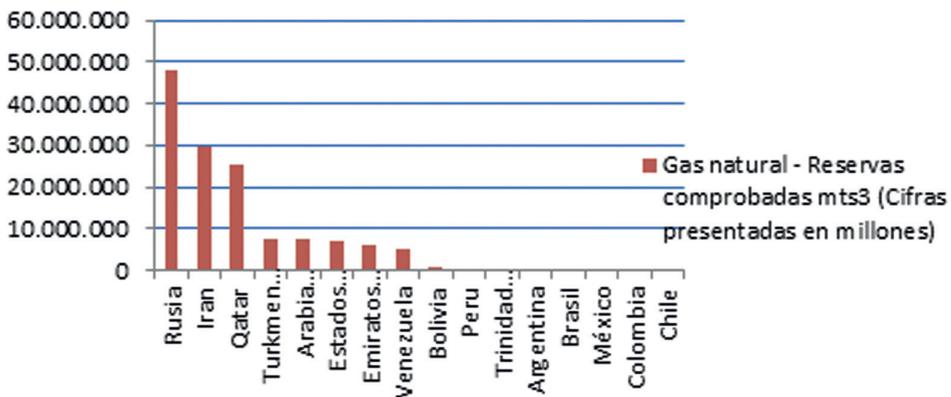
Gráfica No. 4 Red de Gasoductos Colombianos

Fuente: Ecopetrol

Estos datos reflejan el crecimiento exponencial y vertiginoso que el sector de gas natural ha tenido durante los últimos años. Y que a partir de la exploración de nuevos pozos y yacimientos, es posible que la oferta de gas natural aumente fortaleciendo el mercado. Al finalizar el año 2010 las reservas de gas natural en Colombia equivalían a 8.099 Giga pies, de las cuales el 54% corresponden a reservas comprobadas, el 36% a reservas probables y el porcentaje restante a reservas posibles. (Promigas S.A. E.S.P., 2011)

Sin embargo, al hacer análisis comparado de la situación colombiana frente a la realidad mundial del gas natural, los resultados son sorprendentes. El gas natural ocupa el tercer puesto en la canasta energética mundial con una participación equivalente al 24%. Rusia es el país con el mayor porcentaje de reservas de gas natural en el mundo (representan el 22%), sin embargo en la última década EEUU se consolidó como el país líder en producción y consumo de gas natural. El Oriente Medio y Asia Pacífico han registrado crecimientos importantes (96 % y 95% respectivamente) en el consumo de gas natural (el primero de ellos ligado al consumo exagerado de petróleo y el segundo debido al crecimiento exponencial de la industria). En este escenario, Colombia ocupa un lugar distante de los países con la mayor concentración de reservas en el mundo¹⁵ y es preciso señalar que el 54% de las reservas de gas en el mundo se encuentran en tan solo 3 países del mundo.

Gráfica No. 5. Gas natural - Reservas comprobadas mts³



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos suministrados por la CIA World Factbook - 2011

15 Colombia ocupa el lugar 50 en el ranking de los países que cuentan con reservas de gas natural en el mundo. En América Latina solo es superado por Venezuela (puesto 9), Bolivia (puesto 29), Perú (puesto 32), Trinidad y Tobago (puesto 33), Argentina (puesto 34), Brasil (puesto 36) y México (puesto 37). (CIA World Factbook, 2011)

1.2. Organización del sector de gas natural en Colombia

El régimen legal colombiano contempla la existencia de multiplicidad de órganos con funciones y competencias claras en el sector de gas natural. Por ser un servicio público domiciliario, con altísima relevancia e injerencia en la satisfacción de parámetros del Estado Social de Derecho, es preciso definir los agentes intervinientes con el fin de analizar los límites de su actuación y, en el caso en particular, la competencia que en materia de actos restrictivos de la libre competencia tiene la Superintendencia de Industria y Comercio.

Todos los reguladores del sector tienen la obligación constitucional de actuar de manera armónica y coordinada, al considerar que los objetivos que impulsan la gestión se orientan hacia un horizonte común: continuidad, confiabilidad y calidad en la prestación del servicio.

El Ministerio de Minas y Energía define las políticas necesarias para garantizar el cumplimiento de los objetivos mencionados¹⁶, la Comisión de Regulación de Energía y Gas regula las actividades de comercialización a partir de la producción, transporte y distribución de este elemento; además debe regular los monopolios cuando la competencia no sea posible¹⁷ y en los demás casos, en los que opera competencia, vigilar el funcionamiento del mercado evitando abusos de posición dominante¹⁸ o afectaciones en la prestación eficiente del servicio; finalmente las actividades de inspección, vigilancia y control de la calidad, confiabilidad y continuidad del servicio fueron asignadas a la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.¹⁹ Finalmente, la Agencia Nacional de Hidrocarburos²⁰ administra y regula el recurso hidrocarbunífero de la Nación.

No obstante esta precisión, y considerando el tema de estudio, el Decreto 2153 de 1992 atribuyó competencia a la SIC para que adelantar las investigaciones que por prácticas restrictivas de la competencia y actos de competencia desleal se pro-

16 Artículo 208 Constitución Política y ley 489 de 1998 artículos 59 y 61.

17 Artículo 73 de la ley 142 de 1994, bajo este supuesto normativo, es claro que el legislador consideró las características propias de este sector al determinar que algunos agentes podían actuar de manera exclusiva en condiciones de monopolio (por ejemplo en las áreas exclusivas o entras en las cuales la presencia de otros competidores no hacía eficiente la prestación del servicio).

18 Al respecto es preciso recordar que la C.P. no proscribía la posición dominante sino el abuso que de la misma haga quien ostente esta condición. (Rubio Escobar, 2007, pág. 41) Para mayor profundidad en torno al abuso de posición dominante en los servicios públicos domiciliarios sugerimos consultar el artículo de Emilio Archila Peñalosa (2006)

19 Artículo 69 y ss. de la Ley 142 de 1994.

20 Este organismo surgió en el año 2003 a consecuencia de la situación crítica que vivía Colombia debido a la reducción de reservas de petróleo que conducirían al país a importar este recurso (Decreto 1760 de 2003)

dujeran en el mercado (sin perjuicio de las competencias que legalmente pudieran ser delegadas a otras entidades).

La Superintendencia de Servicios públicos Domiciliarios, por mandato del artículo 34 de la ley 142 de 1994 y del artículo 13 numeral 32 de la ley 689 de 2001, asumía la competencia que por estas conductas adelantaran agentes pertenecientes a los sectores de electricidad, gas natural, agua potable y saneamiento.

Al expedirse la ley 1340 de 2009 la competencia para conocer de actos contra el eficiente funcionamiento del mercado se atribuyó de manera exclusiva en la SIC; esta norma entonces eliminó la competencia que tenía la S.S.P.D. para investigar administrativamente a aquellos agentes del sector que incurrieran en una de tres de conductas: prácticas restrictivas de la competencia, actos de competencia desleal y abuso de posición dominante²¹

1.3. Agentes participantes del sector²²

Como se indicó anteriormente, el sector de gas natural en Colombia responde a una dinámica de mercado especial. Se distinguen cuatro actividades principales en esta industria: producción – comercialización, transporte, distribución y comercialización (Mercado Díaz, 2003, pág. 103).

La producción, exploración y procesamiento del gas natural son actividades que escapan al marco regulatorio contemplado en la ley 142 de 1994, se rigen por las disposiciones del Código de Petróleos. El transporte, la comercialización y la distribución si se rigen por el marco regulatorio mencionado con antelación.²³ Estas actividades a su vez, deberán ser prestadas bajo un régimen de separación de actividades y desintegración vertical para evitar concentraciones que atenten contra la libre competencia y abusos de posición dominante²⁴. Sin embargo, es

21 Al respecto es pertinente consultar el Concepto No. 059 de 2009 del 15 de octubre C.P. Gustavo Aponte Santos del Consejo de Estado mediante el cual el máximo tribunal de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo – Sala de Consulta- se pronunció sobre el conflicto de competencia planteado entre la SIC y la SSPD que surgió a partir de la ley 1340 de 2009.

22 Los agentes participantes en el sector son definidos por el artículo 1 del decreto 2687 de 2008: “las personas naturales o jurídicas entre las cuales se dan relaciones técnicas y/o comerciales de compra, venta, suministro y/o transporte de gas natural, comenzando desde la producción y pasando por los sistemas de transporte hasta alcanzar el punto de salida de un usuario.”

23 Para profundizar en las actividades de transporte, comercialización y distribución es recomendable consultar la Resolución 057 de 1996 artículos 1 y 5 de la CREG; así como el artículo 14.28 de la ley 142 de 1994.

24 Resolución CREG 062 de 2006.

preciso considerar que por las condiciones del mercado de gas natural, algunas de las actividades se prestan bajo un sistema de monopolio natural.

Es indispensable mencionar que la reconstrucción de competencia en los servicios públicos, bajo el entendido de la desintegración vertical (*unbundling*) implica que las distintas fases mencionadas anteriormente sean prestadas por operadores diversos, máxime si consideramos que en el mercado *sub examine* las infraestructuras y los servicios prestados se encuentran radicados en agentes diversos²⁵.

Así en materia de integraciones verticales y horizontales con el fin de evitar abusos de posición dominante o prácticas que atenten contra la libre competencia se ha determinado por parte de la Comisión de Regulación de Energía y Gas (CREG) que ningún productor puede tener más del 20% de una empresa distribuidora, ni 30% en grupo, ningún transportador podrá tener más del 25% de una empresa distribuidora y viceversa; ningún distribuidor podrá tener más del 30% de los usuarios (desde el 2015); y ningún comercializador podrá tener más del 25% del mercado.

Esta perspectiva debe analizarse de la mano del número de empresas que a 2010 participaban del sector de gas natural en Colombia (Comisión de Regulación de Energía y Gas, 2010) haciendo una breve descripción de la actividad que desarrollan en el mercado de gas natural y el mercado relevante²⁶ en el que desarrollan sus actividades. Por ser una información extensa, la misma se presenta en un anexo que consigna el sector en el que participa la empresa, el porcentaje del mercado que representa y si la misma es titular de una ASE. Los datos se obtuvieron a partir de los informes que anualmente deben presentar las empresas del sector a la SSPPDD.

Una vez revisada la información, es pertinente señalar que numerosos son los agentes que intervienen en el mercado de gas natural en el país. Cada uno de ellos se dedica a un sector o actividad determinada dentro del mercado, con el fin de evitar integraciones verticales que hagan nugatorio el derecho a la libre competencia económica y favorezca abusos de posición dominante.

No obstante lo anterior, es evidente como el gran número de agentes actúa en mercados relevantes diversos, en muchos casos sin que en este actúen múltiples

25 Ariño y Cassagne (2005, pág. 31) explican de manera acertada el concepto de desintegración vertical del sector, al referirse a los servicios públicos, y separación de actividades.

26 De conformidad con el artículo 2 de la Resolución 023 de 2000 existe un mercado relevante de distribución y de comercialización, el primero de ellos alude a: “Conjunto de usuarios pertenecientes a un municipio o a un grupo de municipios, para el cual la CREG establece cargos por uso del Sistema de Distribución al cual están conectados”; el restante al: “Conjunto de usuarios conectados directamente a un mismo Sistema de Distribución, para el cual la Comisión de Regulación de Energía y Gas ha aprobado el cargo respectivo”

competidores, el mercado se encuentra bien repartido y este fenómeno se encuentra afirmado por la existencia, en algunos sectores, de áreas exclusivas.

Las áreas exclusivas como se mencionó anteriormente constituyen excepciones legales a la existencia de competencia. En este momento existen 6 ASE concentradas en las zonas de Centro y Tolima, Altiplano Cundiboyacense, Caldas, Risaralda, Quindío y Norte del Valle. Estas ASE no cobijan la totalidad de municipios que integran cada región o departamento, solo aquellos que por sus condiciones fueron considerados como susceptibles de dicha medida.

1.4 De las prácticas restrictivas de la competencia, los actos de competencia desleal y los abusos de posición dominante en el sector de gas natural en Colombia

A partir de las características hasta el momento, se hará un análisis de las resoluciones que por prácticas restrictivas de la competencia y actos de competencia desleal se registran en el mercado de gas natural en Colombia. Las mismas corresponden al periodo 2002 – 2011 (primer semestre) y consignan la totalidad de las decisiones proferidas por la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios (mientras tenía esa competencia) y la Superintendencia de Industria y Comercio. La información que se presenta consigna los datos suministrados por las Superintendencias en mención.

1.4.1 Prácticas restrictivas de la competencia:

1.4.1.1 Ofrecer tarifas por debajo de los costos y gastos de operación: Esta práctica que lesiona la libre competencia económica tiene por objeto desplazar a los competidores, restringir la entrada a nuevos o ganar posicionamiento en el mercado o ante otros competidores. Para que esta conducta sea sancionada por el ente competente, deben concurrir dos condiciones: a) existencia de competidores y b) las tarifas cobradas a los usuarios no deben cubrir los gastos operacionales del servicio²⁷, amén de que deben ser no reguladas.

Sin embargo, cuando esta conducta se presente en áreas de servicio exclusivo, no se estarían satisfaciendo los requisitos antes mencionados, impidiendo la procedencia de una sanción. La empresa Alcanos de Colombia, cuenta con un área de servicio exclusivo en Ibagué que se extiende hasta el año 2014 (Contrato de Concesión del 25 de agosto de 1997). Al no existir competidores por la existencia

27 Numeral 1 Artículo 34 de la Ley 142 de 1994 y numerales 1 y 2 del artículo 98 de la misma ley.

de un monopolio de derecho no es posible hablar de la existencia de una conducta susceptible de sanción²⁸.

1.4.1.2. Prácticas que limitan la libre elección de agentes por parte de los usuarios: La empresa Gas Natural del Centro S.A. E.S.P violó la Resolución 067 de 1005 y la 057 de 1996 que se refieren a los elementos tarifarios a tener en cuenta por las empresas distribuidoras de gas. Las mencionadas disposiciones indican que el servicio de distribución de gas será regulado mediante dos componentes: a) cargo de la red²⁹ y b) cargo de conexión³⁰.

La empresa referida realiza una visita denominada “técnica y de calidad” a los usuarios que contratan sus instalaciones con empresas diferentes a la que ella representa. Esta visita, sin embargo, no se realiza a los usuarios que hayan contratado el servicio de instalación con las empresas contratadas directamente por el agente investigado, circunstancia que pone de presente la existencia de un acto discriminatorio. Además, la empresa investigada cobraba valores correspondientes a una revisión que no estaba incluida en los factores que podía facturar, lesionando los derechos de los usuarios al imponer restricciones que generaban estímulos negativos a usuarios potenciales. La investigada actuó contradiciendo el principio de igualdad que se constituye como un límite a la actuación de las empresas prestadoras de servicios públicos domiciliarios.

Por esta razón y una vez garantizado el derecho a la defensa de la investigada se impuso una multa por valor de \$64.100.100³¹

5.2 Abuso de posición dominante³²

5.2.2 No garantizar la libre concurrencia de oferentes o contratistas en igualdad de condiciones en las convocatorias realizadas por las E.S.P.

Esta conducta ha generado varias actuaciones administrativas en contra de empresas del sector así:

28 En este caso la SSPPDD archivó la actuación que había iniciado en contra de la empresa ALCANOS de Colombia S.A. E.S.P. 2002 – 240 - 001

29 Costos y gastos asociados al uso de las redes de gas natural domiciliario, incluye además los costos de atención a usuarios, costos de operación y mantenimiento de las mismas.

30 Costos involucrados en la acometida y el medidor, necesarios para la prestación del servicio a los usuarios

31 Resolución SSPPDD No. 20092400018685 del 14 de julio de 2009

32 En los términos del artículo 14.13 de la ley 142 de 1994 una empresa cuenta con posición dominante cuando sirve a más del 25% de los usuarios que conforman el mercado.

- Investigación en contra de la empresa Gases del Norte del Valle S.A. E.S.P. se encuentra consignada en el artículo 35 de la ley 142 de 1994. Esta disposición parte de la existencia de dos condiciones: a) la empresa debe tener posición de dominio en el mercado y b) su principal actividad debe ser la distribución de bienes o servicios provistos por un tercero. Cuando existe sana concurrencia y competencia se protegen los intereses de los usuarios que podrán acceder a mejores tarifas y servicios cuando varios agentes interactúan en el mercado.

La empresa mencionada cuenta con un área de servicio exclusivo en Cali y los municipios sobre los que ejerce influencia a través de una concesión otorgada por el Estado. Al comercializar y distribuir gas natural necesita de un agente que se lo suministre, razón por la cual debe sujetarse a las reglas de compra que señala el artículo 35 de la ley referida. En el caso la empresa al hacer la convocatoria a prestadores excluyó a competidores a partir de argumentos *a priori* que restringían la participación de competidores y perjudicaban a los usuarios del sector, sus consideraciones obedecían a especulaciones que violaban el principio de igualdad. La SSPPDD encontró responsable a la empresa en mención y le impuso una multa equivalente a \$49.595.000³³. Posteriormente en virtud del recurso de reposición se redujo la multa a \$43.872.500.

El recurso de reposición resuelto por el Superintendente Delegado para los servicios públicos, consigna una precisión relacionada con el asunto que nos ocupa. La ley 142 de 1994 no es una ley de promoción de la competencia, pero consigna disposiciones en ese sentido al considerar que esta constituye una de las funciones de regulación que le competen al legislador. Con respecto al establecimiento de condiciones o exigencias de cumplimiento el convocante debe tener especial cuidado al incluirlas en las convocatorias a fin de evitar restricciones a la libre participación y concurrencia de competidores ya que estas no pueden asumir el carácter de discriminatorias³⁴. Podrá la empresa considerar estas condiciones al evaluar las propuestas presentadas, excluyendo a aquellas empresas que no satisfagan requisitos objetivos necesarios para la eficiente y adecuada prestación o suministro del servicio.

- Investigación en contra de la empresa Gases de Occidente S.A. E.S.P. por infringir los artículos 35 de la ley 142 de 1994 y 37 de la Resolución 11 del 2003 de la CREG³⁵. Los fundamentos que permitieron elevar pliego en contra

33 Resolución SSPPDD 20052400025375 del 3 de noviembre de 2005

34 Resolución SSPPDD 20062400035165 del 22 de septiembre de 2006

35 El artículo 37 de la Resolución 11 de 2003 de la CREG indica que las empresas comercializadoras de gas natural deberán "*hacer uso de reglas que aseguren procedimientos abiertos de compra de gas, igualdad de*

de la empresa en mención fueron muy parecidos a los mencionados para la empresa Gases del Norte del Valle. Una publicación realizada por la empresa en un diario de amplia circulación nacional convocando a oferentes a los cuales comprarles gas natural para posteriormente comercializarlo y distribuirlo, sin embargo, la invitación excluía a algunos competidores que no cumplieran con unas condiciones determinadas por la empresa y que no atendían a criterios de razonabilidad, estableciéndose como discriminatorias. En este caso se impuso multa a la empresa por valor de \$49.595.000³⁶ que posteriormente fue reducida a \$43.872.500³⁷

- Investigación en contra de la empresa Gases del Quindío S.A. E.S.P. por infringir las disposiciones que promueven la libre competencia de oferentes para las ventas de gas natural a comercializadores o distribuidores de gas a usuarios regulados. Esta empresa presta el servicio en área exclusiva (8 municipios del Quindío), razón por la cual inicialmente argumentó que no le eran aplicables las disposiciones consignadas en los artículos 35 de la ley 142 de 1994 y 37 de la Resolución 11 de la CREG de 2003. La SSPPDD a partir de los mismos argumentos por los que sancionó a las dos empresas mencionadas anteriormente impuso multa equivalente a \$49.595.000³⁸, multa que posteriormente fue reducida a \$43.872.500³⁹.
- Investigación en contra de la empresa Gas del Risaralda por no garantizar la libertad de competencia de contratistas en sus procesos de compra de gas natural destinada a atender a sus usuarios regulados. La empresa publicó en un diario de amplia circulación nacional una convocatoria dirigida solo a unos oferentes que satisficieran algunas condiciones determinadas por la empresa. Una de ellas apuntaba a la necesidad de que las oferentes contaran con certificación expedida por Ecopetrol, el Ministerio de Minas y Energía o la Agencia Nacional de Hidrocarburos. La SSPPDD señaló en su resolución que correspondía al supervisor y regulador del sector garantizar la eficiente prestación del servicio, circunstancia que no podía darse si existían violaciones o vulneraciones al régimen de competencia por agentes que ostentaran una posición de dominio – circunstancia predicable de la empresa Gases del Risaralda-. Por esta razón

condiciones entre los proponentes y su libre competencia teniendo en cuenta las fuentes disponibles y la oferta de cualquier Productor – Comercializador o Comercializador”.

36 Resolución SSPPDD 20052400023915 del 24 de octubre de 2005

37 Resolución SSPPDD 20062400035175 del 22 de septiembre de 2006

38 Resolución SSPPDD 20052400025385 del 3 de noviembre de 2005

39 Resolución SSPPDD 20062400035185 del 22 de septiembre de 2006

impuso sanción, con base en los mismos argumentos que se señalaron en las resoluciones mencionadas anteriormente por el mismo valor, que posteriormente, ⁴⁰en razón del recurso de reposición, fue reducida al mismo monto⁴¹.

Un aspecto que vale la pena mencionar, por ser referido en todas las resoluciones, tiene que ver con la imposibilidad de exigir certificaciones a solo empresas del sector público cuando la ley autoriza que estas pueden ser expedidas por agentes pertenecientes al sector privado.

5.2.3 Prácticas que limitan la libre elección de agentes por parte de los usuarios

La empresa Gas Natural del Centro S.A. E.S.P violó la Resolución 067 de 1005 y la 057 de 1996 que se refieren a los elementos tarifarios a tener en cuenta por las empresas distribuidoras de gas. Las mencionadas indican que el servicio de distribución de gas será regulado mediante dos componentes: a) cargo de la red y b) cargo de conexión.

La empresa referida realiza una visita denominada “técnica y de calidad” a los usuarios que contratan sus instalaciones con empresas diferentes a la que ella representa. Esta visita, sin embargo, no se realiza a los usuarios que hayan contratado el servicio de instalación con las empresas contratadas directamente por el agente investigado, circunstancia que pone de presente la existencia de un acto discriminatorio. Por esta razón y una vez garantizado el derecho a la defensa de la investigada se impuso una multa por valor de \$64.100.100⁴²

Esta realidad, propia de un mercado oligopólico y en algunas condiciones monopolísticas (en las denominadas ASE) pone de presente algunas circunstancias que se referirán a continuación:

Es preciso señalar que las resoluciones obtenidas de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios evidencian la situación que caracteriza al mercado de gas natural. Se advierte que a partir del año 2002 solo 7 resoluciones fueron preferidas y 4 de ellas corresponden a abuso de posición dominante ejercido por el mismo número de empresas y la conducta investigada surgió a partir de un solo acto que aparentemente (pues la SSPPDD no inició investigación por una práctica colusoria en contra de la libre competencia) fue concertado entre las empresas debido al elevado número de similitudes existente entre el aviso publicado en el

40 Resolución SSPPDD No. 20052400025355 del 3 de noviembre de 2005

41 Resolución SSPPDD No. 20062400035245 del 22 de septiembre de 2006

42 Resolución SSPPDD No. 20092400018685 del 14 de julio de 2009

periódico (que mencionaba las mismas condiciones de convocatoria) y los criterios esgrimidos por las empresas al momento de ejercer su derecho a la defensa en el proceso administrativo iniciado por el supervisor (los argumentos eran absolutamente concordantes).

Las empresas pertenecientes al sector no incurrir en acciones que generen investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia, actos de competencia desleal y abusos de posición dominante, circunstancia que se acredita a partir de las respuestas suministradas por la SSPPDD y la SIC en relación a las investigaciones iniciadas por estas conductas desde el año 2002 y hasta el 2011 – I. Esta realidad obedece a las condiciones que caracterizan el mercado y que fueron mencionadas con antelación.

Esta circunstancia puede obedecer a las características del mercado: aunque existen competidores los mismos tienen repartido o distribuido el mercado y los sectores en que participan se encuentran altamente concentrados, se puede colegir a partir de esta afirmación que el mercado de gas natural en Colombia se encuentra caracterizado por la presencia de un oligopolio. Ecopetrol, por disposición legal ostenta una posición dominante en la explotación y distribución de gas natural, los campos que no explota directamente (menos del 7%) son explotados en asociación.

El mercado de gas natural se encuentra íntimamente ligado a la explotación de petróleo y aunque el número de usuarios en Colombia va en aumento, no se observa un aumento ostensible en el porcentaje de consumo, cuyo mayor porcentaje se hace visible en el sector industrial y termoeléctrico (72%), en el sector residencial el 83% el consumo se centra en los estratos 1, 2 y 3. Los grandes mercados regionales se concentran en las zonas Caribe y Central, las demás regiones del país se muestran rezagadas. Es en estas regiones en donde se concentra el mayor número de empresas que integran la red del mercado.

A diciembre de 2010, 41 empresas producen gas natural en Colombia sin embargo entre los campos de la Guajira y Cusiana se concentra el suministro del 86% del gas natural en Colombia. Se observa entonces que la mayor producción se concentra en dos campos explotados en igualdad de condiciones por Chevron (66%) y BP – Ecopetrol (20%) que por su ubicación permiten entender porque el mercado se concentra en las dos zonas mencionadas anteriormente (Caribe con el 22% y Andina con el 62%).

Existen 8 empresas transportadoras y 26 distribuidoras (que suministran gas natural a más de 5 millones de usuarios en el país) distribuidos en 24 departamentos y 565 poblaciones atendidas.

El sector de Gas Natural Vehicular aunque ha registrado un aumento en el número de usuarios, la existencia de racionamientos y la aversión que se tiene frente al

mismo constituye un desestimulante para un aumento en el número de demandantes de GNV. A su vez, solo cobijan a 19 departamentos y 31 poblaciones solamente. Además, ante la presencia del Fenómeno del Niño el gas natural se destinó mayoritariamente al sector termoeléctrico con el fin de evitar racionamientos, ampliando el porcentaje de generación de energía a partir de gas natural.

Este fenómeno supone que ante mayores necesidades de generación eléctrica se otorga prioridad a este sector y se restringe el consumo de otros sectores con el fin de evitar un racionamiento eléctrico. No obstante esta problemática, a partir del fenómeno del Niño del año 2010 el Ministerio de Minas y Energía expidió una resolución que prioriza el consumo de GNV y afecta al sector industrial del centro del país. Sin embargo, el GNV encuentra sustitutos: diesel y gasolina, circunstancia que no es predicable del sector industrial, dependiente del gas en algunos casos y con sustitutos que suponen un costo elevado y suponen menguas en la productividad y competitividad.

La existencia de barreras de entrada de derecho en las áreas exclusivas excluyen, sin excepción alguna, la existencia de competidores y facilitan el abuso de posición de dominio (tal vez no para los usuarios pero si para los potenciales distribuidores o comercializadores de gas necesario para las empresas que los distribuyen a terceros). La existencia de estas zonas se encuentra sujeta a la existencia de contratos de concesión a largo tiempo, justificando la inversión de aquellos agentes que invierten en infraestructura (de muy alto costo).

Las medidas adoptadas por las entidades intervinientes del sector se han orientado a garantizar niveles adecuados de suministro que eviten concentraciones y abusos de posición dominante. Los datos acreditan que la oferta crece apenas lo suficiente para mantener un nivel de demanda nacional promedio a precios que se mantienen relativamente bajos (circunstancia que constituye un incentivo frente a sustitutos que resultan ser más costosos). El mercado se ha concentrado en el mercado interno dejando de lado posibilidades de expansión que se evidencian en el mercado externo.

Algunas de estas empresas, concentran un gran porcentaje del mercado, advirtiéndose así que aunque otros competidores podrían ingresar al mercado relevante, su acceso sería difícil pues se enfrentarían a una serie de barreras a la entrada de tipo natural y estratégico.

Sumado a lo anterior, el modelo que ha escogido Colombia en materia de contratación de gas natural es el *contract carriage* que se caracteriza por:

- a. Contratos bilaterales entre los productores y los distribuidores – comercializadores que son suscritos a plazos, la existencia de contratos a la vista es la

- excepción. Esto implica que el precio se fija sin importar las condiciones que el precio (alzas o caídas) pudiera registrar durante la vigencia del contrato.
- b. Aproximadamente el 70% de la oferta de gas comercializable se encuentra concentrada en Ecopetrol, y las perspectivas no parecen contribuir a desconcentrar este mercado.
 - c. La demanda colombiana de gas a su vez se encuentra ligada a fenómenos hidrológicos sujetos al Fenómeno del Niño (cuya regularidad es bastante errática). Este fenómeno posibilita que en las épocas de sequía aumente la demanda de gas natural, aumentando el precio, haciendo inestables los contratos a plazos. Esta situación implica racionamientos del recurso que desestimulan a posibles competidores (además en periodos de sequía o alta demanda de gas para generación eléctrica se otorga el recurso al que más lo valora), además al considerar que Colombia tiene aversión a los racionamientos, se presentan menos estímulos para agentes para ingresar al mercado debido a que en situaciones de estrés estos contratos registran difíciles condiciones de cumplimiento.
 - d. Existen dos tipos de mercado: el primario y el secundario. El mercado primario comprende las ventas que productores (un sector del mercado con altísima concentración aunque sin poder determinar que exista abuso de posición dominante a partir de los datos encontrados), importadores y exportadores realizan a otros usuarios o a otras empresas. El mercado secundario, por su parte, impide a los oferentes del primario participar en esa condición, los demandantes en este mercado son cualquier consumidor de gas.⁴³ En el mercado secundario existe una menor concentración.
 - e. Los contratos a largo plazo, además registran baja flexibilidad y altísimas condiciones de variación dependiendo de las fluctuaciones que registre la oferta y la demanda, por esto, las partes intentan incluir en los contratos cláusulas de reajuste de precio u otras que eviten entrar nuevamente en negociaciones⁴⁴.
 - f. La CREG reconoce la existencia de un mercado de gas natural que no se caracteriza por la existencia de competencia, así lo determinó en el Documento 057

43 Los precios en el mercado primario son más bajos que los que se registran en el secundario.

44 Vale la pena recordar la teoría planteada por Posner (2000, págs. 90 - 134) del paradigma del contrato perfecto. Los contratantes determinan con antelación a la celebración del contrato los riesgos que en la ejecución del mismo se pueden presentar, asignan de manera eficiente los riesgos (dependiendo de a quien le resulte más económico evitarlo – Cheapest cost avoider-, o a quien le resulte más económico asegurarlo -Cheapest cost insurer-, o a quien le resulta más convenientes auto asegurarse – superior risk better- o asignación del riesgo de forma aleatoria – imputación decisoria-.

de 2005 “Del análisis anterior se concluye que las condiciones del mercado de gas colombiano distan de ser las requeridas para que se produzca verdadera competencia gas-gas. Ante una oferta concentrada, con diferenciación de precios, conformación de mercados regionales con pocos participantes y sin la información necesaria para transar, difícilmente se obtendrán resultados deseables”

CONCLUSIONES

En este sector del mercado es posible hablar de competencia imperfecta, no por la existencia de disposiciones normativas o reglamentarias que dificulten el acceso a terceros, sino por la forma en la que el mercado se encuentra repartido entre los competidores actuales.

El tamaño del mercado, aunque ha crecido, se mantiene pequeño, existen amplias barreras de entrada y el mercado de exploración y desarrollo aún puede considerarse como inmaduro. Estas características constituyen incentivos negativos a la entrada de nuevos competidores o a la ampliación del mercado (al requerir grandes inversiones).

El tamaño del mercado se encuentra reducido, y con pocas posibilidades de ampliación, debido a la existencia de contratos de asociación con fuerte presencia y carácter dominante de la empresa estatal ECOPETROL.

Sin embargo, es preciso señalar que aunque el mercado ha crecido, su crecimiento se ha ligado a la exploración y explotación petrolera; se ha concentrado en el mercado interno (aunque existen proyectos para exportar gas natural a países del Caribe y desde el año 2007 se exporta gas a Venezuela) y apenas satisface una demanda promedio.

Aunque, a partir de datos suministrados en el 2010 en el marco del Congreso Anual de Gas Natural, se afirmó que existe déficit importante de gas por sectores: refinerías, gas natural vehicular, térmico e industrial (no se hizo mención alguna al sector residencial, que como advertimos anteriormente concentra el mayor número de usuarios) (Uribe, 2010).

Las normas de competencia en el sector de gas natural se ven enfrentadas a la existencia de monopolios naturales (por la existencia de áreas de servicio exclusivo) que imponen el compromiso para los reguladores de expedir regulación que simule condiciones de eficiencia y calidad aplicables a estos monopolios, simulando condiciones de mercado competitivo. Por esta razón, y como se advirtió, este sector no

es muy propenso a incurrir en actos de competencia desleal o prácticas restrictivas de la competencia sino en abusos de posición de dominio.

BIBLIOGRAFÍA

- Amador Cabra, L. E. (2010). Constitución de 1991, competencia y servicios públicos domiciliarios. *Contexto: Revista de derecho y economía*, 28, 9 - 43.
- Amador Cabra, L. E. (2011). *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado.
- Archila Peñalosa, E. J. (2006). Apuntes sobre posición dominante en servicios públicos domiciliarios. *Revista Regulación de Agua Potable y Saneamiento Básico No. 10*, 7 - 20.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2008). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de de controles*. Bogotá: Universidad Externado.
- Atehortúa Ríos, C. A. (2008). *Servicios públicos domiciliarios, proveedores y régimen de de controles*. Bogotá: Universidad Externado.
- Amador Cabra, L.E. (2011). *Los servicios públicos frente a las reformas económicas en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia
- CIA World Factbook. (2011, Enero 1). <http://www.indexmundi.com/g/r.aspx?v=98&l=es>. Retrieved Septiembre 20, 2011, from Indexmundi.
- Departamento Nacional de Planeación. (2002). *Documento CONPES 3190 de 2002 "Balance y estrategias a seguir para impulsar el plan de masificación de gas"*. Bogotá.
- Comisión de Regulación de Energía y Gas. (2010). www.creg.gov.co. Recuperado el 13 de Junio de 2011, de http://cregas.creg.gov.co/pls/directdcd/directorio_fmt.listar_sector_gas?sectact=GC.
- Departamento Nacional de Planeación. (2002). *Documento CONPES 3190 de 2002 "Balance y estrategias a seguir para impulsar el plan de masificación de gas"*. Bogotá.
- Guerrero, F., & LLano, F. (2003). <http://redalyc.uaemex.mx/pdf/212/21208706.pdf>. Recuperado el 06 de 09 de 2011, de Estudios gerenciales. Revista de la facultad de Ciencias Administrativas y Económicas Universidad ICESI.
- Mercado Díaz, J. (2003). *¿Pueden desarrollarse mercados competitivos de gas?* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Palacios Mejía, H. (1999). *El derecho de los servicios públicos*. Bogotá.
- Palacios Mejía, H. (2007). La Constitución y la especialización de las funciones de protección a la competencia en materia de servicios públicos domiciliarios. *Revista Contexto*, 39 - 56.
- Promigas S.A. E.S.P. (2011). *Informe del sector gas natural 2010 - Un balance de la década*. Bogotá: Promigas.

- Ramirez Gomez, J. (2003). Régimen legal de la competencia en los servicios públicos domiciliarios. *Revista de Derecho Universidad del Norte de Barranquilla*, 92 - 134.
- Restrepo, J. C. (25 - 26 de Marzo de 2010). http://www.congresonaturgas.com/docs/JUAN_CAMILO_RESTREPO.pdf. Recuperado el 12 de Diciembre de 2010, de <http://www.congresonaturgas.com>.
- Sanchez Luque, G., Pacheco de León, H., Obregon Gonzalez, G., & Alvarado Rincon, Y. (2001). Del caracter singular del derecho de la competencia en los servicios públicos domiciliarios. In S. d. Domiciliarios, *Actualidad Jurídica Tomo IV*. Bogotá: SSPPDD.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios. (2010). *Estudio sectorial Energía, Gas natural y Gas licuado de petroleo 2002 - 2009*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- UPME. (2006). *Balances energéticos nacionales 1975 - 2006*. Bogotá: UPME.
- Uribe, E. M. (25 - 26 de Marzo de 2010). http://www.congresonaturgas.com/docs/Evamaría_Uribe.pdf. Recuperado el 12 de Diciembre de 2010, de <http://www.congresonaturgas.com/>.

NORMATIVIDAD

- Concepto 1001016 de febrero de 2001. Superintendencia de Industria y Comercio.
- Constitución Política Colombiana
- Decisión 486 de la Comunidad Andina de Naciones
- Decreto 2687 de 2008 “Por medio del cual se establecen los instrumentos para garantizar el abastecimiento nacional de gas natural y se dictan otras disposiciones”.
- Decreto 2153 de 1992 “Por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones”
- Documento CONPES 2534 de 1991
- Ley 155 de 1959 “Por la cual se dictan algunas disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas”.
- Ley 142 de 1994, “Por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”.
- Ley 143 de 1994
- Ley 256 de 1996
- Ley 1340 de 2009
- Resolución No 07 de 2000 de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios.
- Resolución 023 de 2000 de la CREG
- Resolución 057 de 1996 artículos 1 y 5de la CREG; así como el artículo 14.28 de la ley 142 de 1994.
- Resolución CREG 062 de 2006.

- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 27920 de noviembre 10 de 2004
- Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 558 de 2002
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Resolución 1843 del 5 de mayo de 2003
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Resolución 25375 del 3 de noviembre de 2005
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Resolución 20062400035165 del 22 de septiembre de 2006.
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Resolución No. 20052400023915 del 24 de octubre de 2005
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Resolución 20062400035175 del 22 de septiembre de 2006
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Resolución No. 20052400025355 del 3 de noviembre de 2005
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Resolución No. 20062400035245 del 22 de septiembre de 2006
- Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios Resolución No. 20092400018685 del 14 de julio de 2009



Título: Con amor
Técnica: Acuarela
Dimensión: 15 x 12 cm
Año: 2014

LAS ZORRAS Y LOS ERIZOS FRENTE A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA*

* "Zorras y erizos" es un trabajo de investigación y reflexión, enmarcado en mi proyecto de investigación en CONICET, que cuenta con el financiamiento de este organismo, así como de SECYT (2014-2017), Universidad Nacional de Córdoba y de un proyecto PIP, de CONICET, (2012-2015), en ambos casos referido a la evaluación moral y política de las instituciones públicas.

Fecha de recepción: marzo 3 de 2014
Fecha de aprobación: mayo 29 de 2014

LAS ZORRAS Y LOS ERIZOS FRENTE A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

*Guillermo Lariguét**

RESUMEN:

Las democracias deliberativas comparten el ideario de que los problemas normativos se resuelvan con base a una deliberación guiada por las mejores razones y al triunfo del mejor argumento. El corolario de la deliberación debe ser un consenso racional sobre nuestros valores y principios fundamentales. De modo que de la deliberación debería surgir una respuesta correcta para nuestras cuestiones valorativas y normativas más sobresalientes. Esta visión ha sido desafiada de diversos modos. Un reto importante es el del multiculturalismo. La diversidad cultural naturalmente puede desembocar en una pluralidad de valores inconmensurables y conflictivos. Los conflictos de valores pueden oficiar de límites para el consenso racional. Precisamente este es el punto que discuto en este trabajo. Para ello organizo el mapa de la discusión en dos actitudes frente a los valores divergentes. Una la de las zorras, la otra la de los erizos. Mientras las zorras admiten el pluralismo de valores, los erizos son monistas ya que creen en la unidad coherente e interna del valor.

Palabras clave: Democracia deliberativa, pluralismo, conflicto, desacuerdos, zorras, erizos.

FOXES AND HEDGEHOGS IN FRONT TO THE DELIBERATIVE DEMOCRACY

ABSTRACT:

Deliberative democracies share the ideology of that regulatory issues are resolved based on deliberation guided by the best reasons and the triumph of the better argument. The corollary of deliberation must be a rational consensus about our values and principles. So the discussion should come right answer to our valuation and regulatory issues outstanding. This view has been challenged in various ways. An important challenge is linked with multiculturalism. Cultural diversity can naturally lead to a plurality of incommensurable and conflicting values. Conflicts can produce limits to values for rational consensus. This is precisely the point that I discuss in this paper. I organize the map of discussion into two attitudes toward divergent values. One of the foxes, the other that of hedgehogs. While the foxes allowed value pluralism, hedgehogs are monistic because they believe in the unity and internal consistency of value.

Key words: Deliberative Democracy, pluralism, conflict, disagreement, foxes, hedgehogs.

* Doctor en Derecho y en Ciencias Sociales por la Universidad Nacional de Córdoba con una tesis sobre cuestiones de filosofía del derecho. Actualmente es investigador adjunto de Conicet y profesor en diversos posgrados del país y del extranjero. Asimismo, ha sido becario de investigación en la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona y en el Instituto de Investigaciones Filosóficas de la UNAM. Miembro de la sociedad argentina de análisis filosófica, de la red internacional de ética del discurso, del grupo de investigación en ética y filosofía política del CIJS, UNC y de la red federal en teoría política AUNAR. Es Profesor de metodología de la investigación jurídica y social del Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UNC, así como de Derecho y Política en la Maestría en Argumentación Jurídica de la misma unidad académica. Ha dictado y sigue dictando cursos de doctorado, maestría y posgrado en diversas universidades argentinas y del extranjero sobre temáticas de filosofía práctica.

LAS ZORRAS Y LOS ERIZOS FRENTE A LA DEMOCRACIA DELIBERATIVA

1. INTRODUCCIÓN

En filosofía política los diversos modelos de democracia deliberativa se han convertido en parte central de la agenda filosófica de discusión contemporánea. Las distintas concepciones deliberativistas comparten un aire de familia caracterizado por las siguientes notas: a) las decisiones políticas deben ser adoptadas tras un proceso de intercambio de razones cuyo resultado sea el triunfo del mejor argumento; b) que en dichas decisiones deben participar todos los afectados y c) que el producto de dicho proceso debe ser el de un consenso racional sobre las cuestiones objeto de controversia.

Se piensa que en su versión procedimentalista la democracia deliberativa nos pondría en una mejor situación epistémica (Estlund, 2011) respecto de cuál pueda ser la respuesta correcta para nuestros problemas morales y políticos. A esto se añade que un consenso obtenido sobre la base de un intercambio imparcial de razones puede constituir una de las condiciones necesarias de la legitimidad política.

Esta visión ideal de la democracia, con todo, tiene que enfrentar diversos retos. Uno principal se imbrica con el tema del multiculturalismo (Kimclicka, 1996). Por multiculturalismo entiendo la existencia de una sociedad que puede estar fragmentada por una diversidad de posiciones culturales e identidades particulares. Creo que se puede mostrar cómo esta diversidad cultural puede llevar naturalmente a una diversidad o pluralidad valorativa¹. Para esto supongamos, por mor de la argumentación, que cada cultura puede adoptar sus propios compromisos valorativos y normativos. Estos compromisos que desembocan en un pluralismo valorativo pueden ser la fuente de los principales conflictos y *desacuerdos axiológicos*² que

1 Por cierto que es común en la literatura distinguir el pluralismo cultural de un pluralismo normativo, un pluralismo simple de uno razonable, etc. Aquí por razones de simplicidad hablaré de pluralismo de valores “a secas”. Cuando sea oportuno introduciré las ideas de razonabilidad y coto vedado para especificar el tipo de pluralismo principal en el que me detendré que responde a la concepción de Susan Wolf.

2 Por desacuerdos “axiológicos” entiendo aquí discrepancias en torno a qué postura de valor debe triunfar en un conflicto que tenga la forma de un dilema. Quiero apuntar aquí que el término “axiológico”, sin embargo, debería entenderse de un modo muy amplio de modo de cubrir no sólo lo que los filósofos identificaríamos

las sociedades contemporáneas enfrentan. Por ejemplo, hay autores (Moreso, 2010: 822-823) que nos muestran cómo operan estos desacuerdos y conflictos en un caso como el del niño Marcos, un testigo de Jehová, que se negaba, junto con sus padres, a una transfusión de sangre necesaria para preservar su vida (y no había caminos alternativos a la transfusión). Los distintos jueces que intervinieron en primera medida obligaron a la transfusión, la cual se hizo imposible debido a la fuerte resistencia del niño, resistencia avalada por sus padres en deferencia a su religión. Por la falta de transfusión y debido a las complicaciones que el niño ya acarrearba, falleció. Ante esto, y en segunda medida el Tribunal Supremo condenó a los padres por sentencia del 27 de junio de 1997 por el delito de homicidio con la circunstancia atenuante, muy cualificada, de ofuscación o estado pasional, a la pena de dos años y seis meses de prisión y al pago de costas correspondientes. Mientras que en tercera medida el Tribunal Constitucional resolvió conceder el amparo presentado por los condenados, declarando vulnerado en el caso el derecho a la libertad religiosa y decidió, en consecuencia, anular la decisión del tribunal Supremo. Entonces, mientras un grupo de jueces privilegiaban el derecho a la vida, me refiero a los jueces que obligaron a la transfusión y luego los que impusieron una condena por homicidio a los padres, los jueces constitucionales, que intervinieron en última medida, dieron mayor peso a la libertad religiosa en detrimento del derecho a la vida de Marcos.

El caso de marras atestigua cómo las diferencias culturales, en este caso adscribir a cierta religión, impactan en la diversidad de valores que se sostienen, valores que pueden entrar en conflicto y suscitar desacuerdos axiológicos profundos.

Aquí voy a asumir que la democracia deliberativa señala un noble horizonte. Supondré que la deliberación, el intercambio de argumentos y el consenso racional³ son condiciones cuando menos necesarias de la legitimidad política de un sistema que aspire a la obediencia. Empero, sobre el trasfondo de la diversidad de valores, voy a mostrar la existencia de dos actitudes divergentes frente a este dato. Estas actitudes son las de las zorras y los erizos. “Muchas cosas sabe la zorra, pero el erizo sabe una sola y grande” fue la misteriosa frase del poeta griego antiguo Ar-

como “valores” sino también normas o principios abstractos sobre qué curso de acción debería considerarse correcto. Normalmente la distinción “valor”-“norma” se diluye en materia de principios constitucionales abstractos que, en mi opinión, amalgaman valores (por ejemplo la libertad) con normas abstractas (principios) que establecen prohibiciones, permisiones o facultamientos de determinadas conductas cubiertas por dichos valores. Esta aclaración es relevante porque, por ejemplo, entre filósofos habermasianos o apelianos se sostiene que el consenso es factible sobre normas pero no sobre valores. Sin embargo, cuando uno se detiene en la formulación de principios constitucionales abstractos la distinción norma-valor se difumina.

3 Para un análisis de distintas modalidades del consenso racional en autores como Gauthier, Habermas Fishkin, véase Garzón Valdés, 1990: 13-28.

quíloco. Con Isaiah Berlin (Berlin, 1982) nos acostumbramos a pensar que esta metáfora literaria es útil para pensar en los partidarios del pluralismo de valores (las zorras) y del monismo valorativo (los erizos). La metáfora tiene notorias implicaciones para el análisis de un tema recurrente de la filosofía práctica: el conflicto de valores que puede experimentar un solo individuo o, como ocurre en sociedades pluralistas, entre distintos individuos. Esto es así por cuanto las zorras son sensibles al pluralismo y al conflicto y cuestionan la existencia de un consenso sólido para todas nuestras cuestiones normativas, mientras que los erizos declaran aparentes los conflictos y confían en salidas armoniosas para nuestros desacuerdos. En este trabajo mi propósito consistirá en conectar la preocupación por la democracia deliberativa y contrastarla con el dato del pluralismo y el conflicto de valores. Las líneas maestras del trabajo partirán de destacar el valor de las reglas de racionalidad argumental que deben presidir y orientar un consenso racional. Antes de sumergirme en el mundo de las zorras y los erizos plantearé, *a grandes rasgos*, cuáles son los inconvenientes que emergen para el ideal del consenso racional en nuestras democracias. Concretamente, mostraré cuáles son los principales problemas que están en el subsuelo del consenso visto como base para la respuesta correcta para nuestros problemas normativos. Seguidamente presentaré el núcleo del pensamiento de las zorras y los erizos para concluir con un balance final de este trabajo. Mi idea global para este artículo no consiste en defender una postura personal fuerte. Más provechoso juzgo en esta oportunidad plantear de modo heurístico los surcos que pueden abrirse para el debate filosófico y constitucional a partir de la postura de zorras y erizos en el marco de las democracias deliberativas.

2. LAS REGLAS DE LA RACIONALIDAD ARGUMENTAL Y EL CONSENSO RACIONAL

Como se puede apreciar, las concepciones deliberativistas confían en que la razón práctica, o la “razón pública” que pregonaba Rawls, desplegada en habilidades cognitivas y argumentativas, puede dar como resultado una discusión razonable entre partes que desacuerdan, incluso profundamente.

Ahora bien, pese a lo extendida que se halla esta fe racionalista, no se encuentra frecuentemente una noción clara y ampliamente aceptada de lo que significa “argumentar racionalmente”. A este respecto, José Luis Martí (Martí, 2006: 97)

expresa lo siguiente:

“A pesar de la relevancia crucial para la comprensión del modelo deliberativo de estos conceptos [“argumentar”, “dar razones plausibles”], la literatura de la

democracia deliberativa, en general, con algunas excepciones, los ha descuidado por completo”.

Lo que señala Martí es parcialmente cierto. En otro lugar (Lariguet, 2012: 73-82) he mostrado cómo, por ejemplo la teoría de la argumentación racional de Robert Alexy, conlleva una serie de tipologías de reglas de discusión racional que bien pueden alumbrar en qué consistiría una práctica de dar argumentos racionales. En el modelo de Alexy, propio de una ética del discurso, importa que los participantes tengan libertad e igualdad a la hora de participar en los discursos prácticos orientados a resolver conflictos de valores. Importa, ante todo, que dichos participantes ofrezcan razones, empíricas, normativas y conceptuales sobre sus posiciones. Es decir que sus posturas de valor se fundamenten en razones plausibles susceptibles de un debate público articulado. Estas razones deben ser consistentes y susceptibles de generalización para casos semejantes. Además, el modelo alexyano presupone que a la hora de discutir racionalmente se *comparte una comunidad lingüística*.

Ahora bien, quienes sigan este tipo de pautas de racionalidad pueden aspirar a afectar racionalmente las motivaciones de los participantes. La tupida red de reglas a la que refiero, siguiendo la propuesta de Alexy, se orienta en el modelo a proporcionar bases fiables para la discusión racional sobre valores. Es, en este sentido, una toma de posicionamiento metaético en favor del “cognitivismo”. Estas reglas, sin embargo, como un lector perspicaz notará, no están exentas de problemas. Por ejemplo, la regla de universalidad o generalizabilidad del juicio está sometida al fuego de los debates actuales sobre particularismo moral. ¿Hasta qué punto la idiosincrasia de casos particulares no exige una mirada situacionista reacia a la generalización? En el caso de la regla que demanda que todo hablante puede participar del discurso nada preceptúa sobre qué papel le daremos a las criaturas prelingüísticas como los animales o los fetos. ¿Deben ser representados también en el debate? ¿Qué implicaciones sustantivas para el debate sobre la “personalidad” de los animales o fetos tendría una respuesta positiva a la anterior pregunta? Y, por último, para mencionar otro caso problemático. ¿Tiene límites de rendimiento la exigencia de “una” comunidad lingüística dado el *factum* del pluralismo cultural y lingüístico?⁴ Estas preguntas trabajan como postes indicadores de problemas que merecen un análisis detallado que aquí no ofreceré para no desviarme de mi propósito central. Concretamente, mi propósito consiste en destacar algunos problemas abiertos a la pretensión de corrección o respuesta correcta para todas nuestras cuestiones prácticas existentes. En el modelo de democracia deliberativa, y lo mismo ocurre con

4 Para una apuesta a que es posible la discusión racional y el acuerdo sobre la base de la diversidad cultural, véase Hoyos Bermea, Adalberto.

la ética del discurso, es relevante aspirar al consenso de “todos” los afectados sobre las cuestiones prácticas (Lariguét, 2011: 75-89). Jeremy Waldron (Waldron, 1999: 91-92.) ha criticado esta aspiración ideal al consenso total. Señala lo siguiente:

“el disenso o el desacuerdo [son vistos] como un signo de incompletitud o el carácter políticamente insatisfactorio de la deliberación. Su enfoque implica que debe haber algo mal en la política de la deliberación si la razón fracasa, si el consenso se nos escapa, y no tenemos otra opción que contar los votos”

- El presupuesto de consenso por parte del modelo opera como piedra de toque de la corrección de la respuesta que los participantes brinden a una cuestión práctica. Sin embargo, aquí hay un problema. En palabras de Alexy (Alexy, 1989: 31) “dicho problema se refiere a la cuestión de si un discurso ideal llevaría a un consenso en cada cuestión práctica”. La respuesta de Alexy es que “tal consenso no se sigue lógicamente de la determinación de que se han cumplido las condiciones [las reglas] de la discusión ideal”. El consenso en una cuestión práctica es algo “sustantivo”⁵ y las reglas de discusión racional tienen con respecto a esto solo un carácter “formal”. Una garantía del consenso, dice Alexy, “sólo podría por ello aceptarse si fuera cierta la premisa empírica de que no hay desigualdades antropológicas –agreguemos nosotros “culturales”- de los hombres que se opongan al discurso, y que puedan excluir, también bajo las condiciones del discurso ideal, un consenso en cuestiones prácticas; por tanto, en cuestiones de valoraciones. Alexy sostiene que esta cuestión “no se puede resolver”. “No hay ningún procedimiento que permita una prognosis segura sobre cómo procederían los participantes en el discurso en cuanto personas reales, bajo las condiciones admitidas, y no reales, del discurso ideal.
- Pero hay otro problema más intrincado con el consenso y es el de la contradicción. En palabras del propio Alexy, “si no hay ninguna garantía de consenso, entonces debe mantenerse como posible el que después de una duración potencialmente indefinida del discurso se defiendan por los participantes normas que son sin embargo incompatibles entre sí”. El resultado del procedimiento sería entonces tanto N como -N. Pero según la concepción procedimental de la democracia deliberativa esto significaría que tanto N como -N, en tanto productos del manejo racionalizado del discurso, serían calificadas como

5 Sobre la importancia de un criterio sustantivo para determinar cuál de las posiciones morales en desacuerdo podría ser la correcta véase Fatauros, Cristián. “¿Por qué es imposible erradicar el desacuerdo? Un análisis de los argumentos de Jeremy Waldron.

“correctas”⁶. Ahora bien, esta conclusión, como Alexy (Alexy 1989: 302) reconoce, tendría que ser negada si aceptásemos que para cada cuestión práctica existe una “única” respuesta correcta (Betegón, 1998: 171-192). Con todo, esta presuposición de una respuesta correcta “independiente” del procedimiento, es decir, una concepción absoluta y no procedimental de respuesta correcta le parece a Alexy que encierra una “tesis ontológica” que tiene poco en su valor y contra la que se puede decir mucho. La teoría del discurso, según Alexy (Alexy, 1998: 303) tiene un carácter absolutamente procedimental de la corrección. Siguiendo una corrección procedimental sin duda, diría Alexy (Alexy, 1998: 304) habría una “considerable reducción de irracionalidad”.

- Ahora bien, si bien puede concederse esto que sostiene Alexy no puede negarse sin más la pertinencia de un concepto no procedimental de corrección para la democracia deliberativa. Martí (Martí, 2006: 64) ha resaltado que el modelo de la democracia deliberativa para funcionar requiere de un criterio independiente de corrección al que ajustarse. Si este criterio se admitiese haríamos que el procedimiento se vinculara con una “sustancia” crítica que resulte evaluativa de la calidad de contenido del mismo. Más allá de esto, el problema que persiste para la pretensión de única respuesta correcta es el de la existencia de contradicciones o convicciones normativas incompatibles para una misma cuestión práctica. Esto no resulta una afirmación desaguisada para nuestras democracias. En ellas es común asistir a debates entre posturas extremas e incompatibles de valor en torno a temas como el aborto, el estatuto del embrión, el alcance de la libertad religiosa, la clonación reproductiva o la eutanasia. Como se verá cuando examine el pensamiento de las zorras, en sociedades democráticas caracterizadas por el dato del “pluralismo de valores”, no es inerradicable la presencia de “conflictos dilemáticos” entre posturas divergentes. Este pluralismo que lleva a conflictos dilemáticos genera, como ha dicho Susan Wolf, (Wolf, 1992: 788) “bolsas de indeterminación” en nuestras teorías morales pues las mismas no nos dicen cuál es la única respuesta correcta (Lariguet, 2011). Esto sucede en conflictos en que, como mantiene Silvina Álvarez (Álvarez, 2008: 25) se dan situaciones “en las que habría razones válidas para resolver la cuestión a favor de ambas posiciones opuestas”. En estos casos habría una imposibilidad de aplicar dos valores en conflicto y por tanto se decanta la imposibilidad de una única respuesta correcta.
- De todas formas, aunque fuese cierto que es imposible el consenso total sobre ciertas cuestiones prácticas ello no significaría que la deliberación sea incapaz

6 Sobre como a partir del “mismo” procedimiento se puede arribar a “distintas” respuestas correctas, véase Streck, Lenio. L.

de producir ciertos efectos beneficiosos desde el punto de vista de la legitimidad democrática. A este respecto José Luis Martí (op.cit: 33) ha sostenido lo siguiente:

“De la deliberación esperamos que genere una mayor y mejor comprensión de los diferentes puntos de vista, que resuelva aquellos desacuerdos basados en creencias erróneas y que acerque las posiciones respectivas en la medida de lo posible⁷. Aunque no nos permita alcanzar el consenso ni incrementar cuantitativamente el acuerdo, las decisiones posteriores a la deliberación son, como veremos más adelante, más informadas, e incluso los desacuerdos deliberativos, los que persisten tras la deliberación, son también más valiosos”.

Con todo, el propio Martí admite que “la práctica misma de la argumentación *presupone* la existencia de una respuesta correcta intersubjetivamente compartida sobre aquello que estamos argumentando”. Esta presuposición, empero, choca con la existencia de esquemas de valores diversos e incommensurables. Martí (Martí, 2006: 29) responde que, no obstante esto, estos esquemas son divergentes solo por “razones epistémicas” pero no por razones “ontológicas”. Pensar lo contrario sería desembocar en una concepción pluralista “radical” que ni teóricos del desacuerdo básico como Waldron aceptarían. Pero lo más importante, añade Martí (Martí 2006: 29), es que es incompatible con la deliberación. Sin embargo, pese a este pronunciamiento de Martí, no existen argumentos en su obra citada para pensar que los desacuerdos entre posiciones de valor incompatibles y, eventualmente, incommensurables, sean solo de raíz epistémica, es decir, debido a déficits cognitivos en materia de valores. Uno podría hipotetizar (Lariguet, 2008) que puede haber casos en los “que no hace falta saber nada más” y pese a ello la contienda se perpetúa y el dilema persiste debido a cómo se configura el mundo (aspecto ontológico) con independencia del conocimiento axiológico del agente. Bajo la suposición de que lo que digo tiene sentido, la idea de una unívoca pretensión de corrección que zanje una contienda valorativa, sigue siendo un problema abierto en el que habría

7 En este sentido, estarían operando en estos casos las llamadas “reglas de transición” de Alexy que permitirían pasar del discurso práctico litigioso a otros discursos aclaratorios de cuál es la naturaleza de las diferencias e incompatibilidades de posiciones de valor. Vale la pena recordar, a este respecto, que Alexy (1989: 206 y ss) considera que el discurso “jurídico” es un “caso especial” del discurso práctico porque comparte con el mismo la pretensión de corrección. Se podría pensar que las cuestiones no zanjadas deliberativamente en un parlamento y que quedasen como desacuerdos básicos serán resueltas mediante una deliberación judicial o jurídica. En tal sentido, el discurso jurídico tendría reglas para pasar a discutir preferencias valorativas desde el punto de vista de un cierto ordenamiento jurídico. Pero lo dicho no significa que los jueces van a resolver en forma plausible el conflicto moral subyacente a la incompatibilidad de convicciones o preferencias normativas. En realidad la tesis del “caso especial” merece un trabajo puntual e independiente que permita analizar los problemas que dimanen de dicha tesis.

que seguir meditando. Para articular con más detalle esta meditación, a continuación expongo el modo en que las zorras abordan el tema del pluralismo de valores y el conflicto axiológico. Como la postura de las zorras no agota el mapa filosófico, luego expongo la postura de los erizos. A diferencia de las zorras, los erizos son “monistas”, creen que el valor se agrupa de manera unitaria y coherente y darse cuenta de este dato repele los conflictos.

3. LAS ZORRAS

Como se dijo al comienzo, “muchas cosas sabe la zorra...”. Esta metáfora se ha hecho equivalente a una mentalidad pluralista en materia de valores. En este terreno, seguiré a una convencida pluralista como Susan Wolf (Wolf, 1992: 785) para quien, el pluralismo, en ética, se vincula con la perspectiva de “que hay una irreductible pluralidad de valores o principios que son relevantes para el juicio moral”. El pluralista en materia de valores considera que los valores “no están sujetos a un completo ordenamiento racional”⁸. Según Wolf “esto implica que “no hay principio o procedimiento de decisión que pueda garantizar una *única y determinada* respuesta para cada cuestión moral que involucre la elección entre diferentes valores fundamentales o principios”.

La mayor evidencia de que no existe una única y determinada “respuesta correcta” está dada por el *factum* del “desacuerdo axiológico” sobre cuestiones como la acción afirmativa, la eutanasia, la clonación reproductiva, el aborto o la pena capital, para citar solo algunos ejemplos característicos. Aquí podría verificarse la existencia de desacuerdos sobre principios abstractos o sobre la aplicación de tales principios según una ciertas circunstancias. La existencia de estos desacuerdos conducen rápidamente a posturas relativistas (donde la “verdad moral” es relativa a códigos morales compartidos por ciertas tradiciones o culturas y no por todas) y subjetivistas (existe “mi” verdad y “tu” verdad, pero no “la” verdad). Ante estas derivaciones, las posturas anti relativistas y anti subjetivistas sostienen dos cosas. Primero que a menudo nuestros desacuerdos valorativos encubren desacuerdos de hechos y

8 Esta afirmación exige un matiz. No todos los pluralistas creen en la existencia de valores conflictivos e inconmensurables que no pueden ser ordenados. Por ejemplo, Rawls aceptaría el “factum” de un pluralismo, pero a pie seguido sostendría que los conflictos entre determinados principios (libertad e igualdad paradigmáticamente) son susceptibles de solución justificada por medio de un ordenamiento lexicográfico. Pero, exceptuando a Rawls, la mayoría de los filósofos que se consideran a sí mismos pluralistas admiten el conflicto y la incommensurabilidad, así como la falta de garantías en cuanto al ordenamiento jerárquico de valores en conflicto.

9 Wolf (1992, p. 785)

cuando estos son disueltos el conflicto es removido. Segundo que si el desacuerdo persiste de aquí no se sigue que ambas posturas en conflicto sean “igualmente correctas”. La gente comete frecuentemente errores y puede estar equivocada. Wolf (Wolf, 1992: 787) responde a estas consideraciones argumentando, primero, que muchos conflictos persisten pese a que los participantes comparten la interpretación de todos los hechos empíricos relevantes y, segundo, que la postura según la cual alguna de las partes “debe” estar en el error puede conducir a una mentalidad cerrada e intolerante del estilo “mi postura es la única correcta y mis oponentes son ignorantes o depravados”. Una postura pluralista, en cambio, admite el hecho del conflicto de valores pero ello no hace colapsar el pluralismo en el subjetivismo. Según Wolf (Wolf, 1992: 787) el pluralismo reconoce la legitimidad del desacuerdo moral sin caer en el relativismo (Lariguét, 2011: 170-172). Aunque, a otro nivel, el nivel de los códigos o sistemas morales, sí que el pluralismo entraña cierta clase de relativismo pero de uno de tipo no-subjetivista¹⁰. Veamos.

Aceptar el pluralismo conlleva la idea de que cuando hay diversos valores ellos no se solapan para sumar una única respuesta correcta para cada cuestión moral. Los valores no forman un orden completo bien ordenado. Antes bien, podría hablarse de “pockets” de indeterminación. Puede haber casos en los cuales haya buenas razones para una posición y buenas razones para otra posición incompatible y no exista un súper principio y perspectiva desde la cual se pueda hacer un balance objetivo. En tales casos, dice Wolf (Wolf, 1992: 788), ambas posiciones son igualmente correctas. En una vena similar, Seung y Bonevac (Seung y Bonevac, 1992: 805) sostienen que existen casos de “indeterminación” en el “ranking” de los valores cuando existe un arco o rango de varias respuestas posibles consideradas todas ellas correctas. En estos casos los valores solo pueden eventualmente ser ordenados de forma “intuicionista” pero no en forma algorítmica (por ejemplo merced a un principio de medición como el del placer). Suponiendo que este dato sea certero, el pluralista, de acuerdo con Wolf, se encontraría en el medio del relativista y el objetivista-absolutista de la moral. Frente a preguntas tales como ¿hay una perspectiva verdadera en la moral? De dos posturas conflictivas ¿es al menos una de ellas incorrecta?, el relativista responde a ambas cuestiones con un “no” rotundo, a la par que el absolutista objetivista con un decidido “sí”. Por su parte el pluralista, dice Wolf (Wolf, 1992: 789), puede responder “a veces”. Habrá situaciones, a veces, en las que una irreductibilidad de diferentes valores en oposición no pueda ser racionalmente resuelta. Ahora bien, sostener que frente

10 En este mismo sentido de un pluralismo que implica cierta dosis de relativismo (por cuanto los códigos morales son dependientes de condiciones sociales y culturales) pero que no amenaza la pretensión de objetividad de la moral, por tratarse de un relativismo inocuo o benigno, véase Moreso, (2009: 84 y ss).

a ciertos casos hay “indeterminación” de la respuesta correcta, no se equipara a negar que los valores sean en algún sentido independientes de nuestras emociones o proyecciones personales. El pluralista no está comprometido con el subjetivismo del “todo vale” (Wolf, 1992: 789). Para el pluralista no todas las posiciones valen lo mismo o, dicho de otra forma, no todas son igualmente razonables¹¹. Wolf (Wolf, 1992: 792), pone el ejemplo de la cultura amish tal como es narrada por la película “Testigo” protagonizada por Harrison Ford y dirigida por Peter Weir. En esta película un detective (Harrison Ford) llamado John Brook tiene que convivir por un tiempo en la cultura amish escondido de unos criminales. Brook es presentado como un oficial apegado a su deber. Un día en que Brook va con algunos amish al pueblo ocurre que un provocador hostiga a Daniel, un amish, de forma reiterada, mientras Daniel se somete al abuso sin respuestas agresivas. Frente a esto, Brook, que no tolera la situación, golpea en la nariz al bravucón. En la película queda muy bien pintada la colisión entre dos sistemas morales opuestos: uno pacifista, el de los amish y otro que acepta la violencia a veces como una respuesta adecuada a cierta situación, la cultura de Brook. Aquí es donde, dice Wolf (Wolf, 1992: 794), el pluralismo encarna cierta forma de relativismo cuando señala que, en relación a su sistema, la respuesta de Daniel es correcta y lo mismo puede decirse de Brook con relación a su propio sistema cultural. El pluralismo encarnaría cierta clase de relativismo para Wolf (Wolf, 1992: 795), en el sentido de que “la corrección o incorrección a partir de la cual se puedan derivar requerimientos y prohibiciones morales no serían en sí mismos derivables de un conjunto de principios, valores y patrones de pensamiento que puedan ser justificados sobre fuentes que son independientes de la cultura”. Según Wolf (Wolf, 1992: 795-796), aun si puede haber verdades morales concernientes a valores, principios y patrones de razonamiento que todas las culturas tengan razón para aceptar o rechazar, tomadas juntas estas verdades pueden ser insuficientemente precisas y bien ordenadas como para producir un conjunto de principios que puedan ser conjugados con un conjunto de datos culturales no evaluativos que generen un código moral determinado”. En un “primer nivel” el pluralismo reconoce la posibilidad de que haya buenas razones para apoyar cada una de las diversas posiciones conflictivas sobre un tema específico (Gutmann y Thompson, 1990: 72) y no haya una razón o principio que

11 Al respecto, puede ser útil tener en cuenta los requisitos que Gutmann y Thompson (1990: 71) ponen para que una deliberación entre posiciones incompatibles sea aceptable. El primer requerimiento se dirige a establecer cómo asentar un punto de vista genuinamente moral. Para ello los argumentos deben presuponer una perspectiva desinteresada que pudiera ser adoptada por cualquier miembro de una sociedad, cualesquiera sean sus circunstancias particulares de clase, raza o sexo. Segundo, cualquiera de las premisas del argumento que dependan de evidencia empírica o inferencia lógica debieran estar en principio abiertas al desafío de los métodos generalmente aceptados de investigación. Tercero las premisas no debieran ser radicalmente implausibles.

pueda determinar una elección entre ellas y, en un “segundo nivel”, el pluralismo admite que esta misma situación pueda actuar no sólo a nivel de individuos sino de completos sistemas morales. Con todo, como ya se señaló, para Wolf esta clase de relativismo que implicaría el pluralismo con respecto a sistemas morales no desemboca en un relativismo subjetivista del todo vale sino que se mueve dentro de cierta infraestructura objetivista o, por lo menos, “anti subjetivista”. Esto en el sentido de que los valores sobre los que hay conflicto han sido ya “proyectados” al mundo con ciertas características que se vuelven independientes de los deseos y creencias de los agentes morales. El pluralismo de Wolf, además, no aceptaría el “todo vale valorativo”. Podría aceptar como razonables los valores de la cultura a la que pertenece Brook o la cultura de los amish pero no aceptaría por ejemplo que los valores nazis son defendibles. No todas las posturas de valor son igualmente razonables. De manera que el pluralismo, de algún modo, se conecta con lo que Garzón Valdés (Garzón, 1989: 209-213) ha llamado un “coto vedado” de valores que forman parte del núcleo no negociable de nuestros acuerdos mínimos acerca de lo que merece respeto o valor¹².

4. LOS ERIZOS

“El erizo sabe una sola cosa y grande” es una metáfora que ha sido equiparada con la idea de la “unidad indivisible del valor”. Un partidario emblemático de esta posición es Ronald Dworkin (Dworkin, 2011: 1) para quien la posición de las zorras ha tenido una influencia negativa en la filosofía práctica y ha condenado a los erizos a posiciones consideradas como naïve, charlatanas o peligrosas. (Dworkin, 2011: 2) La idea de Dworkin es que los valores forman departamentos (la moralidad personal, la moralidad pública, el Derecho, etc.) mutuamente integrados.

La mejor interpretación de nuestros conceptos morales debe vincularse a la articulación de una gran red de valores mutuamente coherentes. En esta versión *interpretativista* el rol del filósofo es encontrar una manera de que los valores, lejos

12 La idea del coto vedado es que es posible lograr algo así como una “ética de mínimos”, es decir, un consenso sobre qué rasgos de valor pueden aceptarse a título universal. Esto requiere que las posturas de valor no sean juzgadas radicalmente implausibles. Por ejemplo, en el caso del nazismo éste se apoya en propiedades de más que dudosa relevancia moral (como la raza) y no soportan test alguno de universalización del juicio. Sin embargo, que haya acuerdos mínimos no erradica, más bien presupone, el desacuerdo moral sobre cuestiones prácticas. Por ejemplo, podemos acordar en el mínimo de que la vida es valiosa y sin embargo desacordar en el estatuto de un feto de dos meses cuando intentamos ver cómo regular el aborto. El coto vedado establece entonces un perímetro sobre qué posturas acerca de lo valioso admitiremos en la discusión y no presupone que arribaremos a un consenso sustantivo final sobre cómo ordenar estas posturas.

de competir en batallas cruentas entre sí, se refuerzan mutuamente en un esquema holístico armónico. Si, por ejemplo, el Derecho ha sido visto tradicionalmente como un sistema que embiste contra el sistema moral, es necesario verlo como un todo unificado que constituye una “rama de la moral” y no —como se ve tradicionalmente— como un sistema opuesto a la misma (Dworkin, 2011: 5 y 405). Si la libertad y la igualdad, valores políticos y morales de nuestras democracias, están en perenne conflicto como sostenía Berlin, ello obedece a que no disponemos de la mejor interpretación conceptual que nos conduzca a una concepción de la libertad y la igualdad donde estas, lejos de contradecirse, se refuerzan mutuamente (Dworkin, 2011: 4 y cap. 16 y 17). Así, desde este punto de vista, imponer impuestos a los ciudadanos no sería una ofensa para la libertad “negativa” si logramos una definición de libertad armónica con el valor de la igualdad. De modo paralelo, se ha dicho que la instauración de una democracia puede llevar a pisotear derechos de las minorías y que, además, la democracia mayoritaria es incompatible con la legitimidad del control judicial de constitucionalidad que está en manos de una élite. Siguiendo el espíritu de su obra, Dworkin (Dworkin, 2011: 4-5 y 384) señala que este conflicto entre mayorías y minorías se puede saldar con una mejor concepción de la democracia; una concepción de la democracia como asociación (*partnership*) que supere la concepción mayoritaria o estadística. En esta concepción, los miembros actúan como compañeros o socios en una asociación que actúa como un todo guiada por los principios de igual consideración y respeto por los derechos de todos los miembros.

En este marco, y para regresar brevemente a los casos que he ejemplificado en este trabajo (el del niño Marcos y el de los amish), no sé qué diría exactamente sobre ellos Dworkin. Pero si es un erizo de cabo a rabo podría decir, *por ejemplo*, en el caso del niño Marcos que la libertad religiosa de los padres no involucra el derecho a dejar morir al hijo así porque sí; en todo caso, los padres deberían articular una excepción ante el ministro de su culto, de modo de tornar compatibles libertad religiosa y derecho a la vida. En el caso de los amish y Brook, Dworkin tendría que achicar la brecha cultural y valorativa entre ambos diciendo, por ejemplo, que los amish son enemigos de la violencia injustificada pero no deberían admitir que un miembro de su comunidad sea martirizado hasta la muerte sin defenderse. Así, una interpretación más adecuada de los amish se aproximaría al pensamiento y la acción del detective Brook. Sin embargo, lo que acabo de sugerir no es más que un caso de invención mental que Dworkin podría rechazar por considerar que se trata de salidas prácticas implausibles para lidiar con nuestros conflictos de valores. Lo que seguramente Dworkin no podría repeler es la idea de que en estos casos es posible una reconstrucción del valor como la propugnada por el erizo que enfatiza la unidad y coherencia interna profunda entre distintos valores más allá de la ilusión superficial de su conflicto.

Ahora bien, Dworkin (Dworkin, 2011: 5) cree que él no se comporta como Procusto con sus víctimas si en vez de encontrar conflicto encuentra armonía y coherencia en sus construcciones filosóficas. Supóngase que estamos frente al siguiente caso (Dworkin, 2011: 118). Un colega te pide que le comentes un borrador de su libro y tú encuentras que el libro es malo. Serás cruel si le dices lo que realmente piensas y deshonesto si no lo haces. Frente a este típico conflicto moral que puede presentarse a un sujeto, las preguntas que se siguen son dos. Primero, ¿se sigue de aquí que no hay respuesta correcta a la pregunta acerca de lo que tú debes hacer? Segundo, ¿están realmente en conflicto la amabilidad y la honestidad? Respecto de la primera cuestión, Dworkin (Dworkin, 2011: 118) cree que es importante distinguir “incerteza” o “incertidumbre” de “indeterminación”. Por supuesto, admite Dworkin, que tú podrías estar incierto acerca de qué es lo mejor que se puede hacer en este caso; sin embargo, ello no es lo mismo que negar que haya una mejor interpretación disponible que nos *determine* qué se debe hacer todas las cosas consideradas. Por tanto, la indeterminación necesita de un juicio moral sustantivo que niegue la posibilidad de respuesta correcta. Y este juicio –que expresa lo que Dworkin llamaría un escepticismo “interno”- es también un juicio moral que tiene que competir con otras versiones –como la versión interpretativista dworkiniana- que sí apuestan a la posibilidad de articular la mejor respuesta posible dado el refinamiento de nuestros conceptos y valores morales.

La respuesta de Dworkin (Dworkin, 2011: 119) a la segunda cuestión es que, si él está en lo correcto en cuanto a la “unidad del valor”, entonces, dice, “debo negar el conflicto”. Mi pretensión, alega Dworkin. (Dworkin, 2011: 119), no es simplemente que podamos traer nuestros juicios morales a una suerte de equilibrio reflexivo o establecer prioridades entre los valores. Lo que yo quiero defender, nos dice, es “la pretensión más ambiciosa de que no hay genuinos conflictos en los valores que necesiten esta adjudicación”. Las dos cuestiones que él plantea se resuelven positivamente en su concepción que parte de la necesidad de “refinar nuestras concepciones de los dos valores” (Dworkin, 2011: 119) de modo tal que no entren en conflicto; este refinamiento debe estar guiado por la “dirección de nuestro pensamiento hacia la unidad y no hacia la fragmentación” (Dworkin, 2011: 119). Estos conflictos son en realidad aparentes o ilusorios una vez que logramos una reordenación conceptual de nuestros valores donde el conflicto sea eliminado (Dworkin, 2011: 120). Cuando hemos alcanzado las estribaciones del “pleno holismo del valor”, equivalente, a la “fe del erizo” vemos que todos nuestros verdaderos valores forman una red interconectada en la cual cada una de nuestras convicciones acerca de lo bueno o lo correcto o lo bello juegan un rol en el soporte de nuestras otras convicciones en cada uno de los dominios del valor” (Dworkin, 2011: 120). El proceso de ajuste mutuo y soporte de nuestras convicciones es un “proceso interpretativo” en el cual

una filosofía interpretativista está embarcada¹³. Desde luego, que podemos tener interpretaciones diversas de un mismo concepto en competencia pero ello indica sólo que nuestros desacuerdos son “genuinos”. Además, desde el punto de vista de la objetividad moral tiene que ser posible defender que hay una mejor interpretación que otras. Esta “mejor interpretación” es aquella que está basada en la ligazón entre investigación y verdad. La verdad, para Dworkin (Dworkin, 2011: 177) es aquello que cuenta como solución “únicamente exitosa al desafío de una investigación”.

En conclusión, para Dworkin, los conflictos de valores son parasitarios de una concepción engañosa como la suscripta por las zorras. La unidad del valor que debe guiar nuestras labores interpretativas son capaces de conducirnos a las respuestas adecuadas acerca de qué se debe hacer frente a las situaciones morales que se nos planteen. Frente a este escenario dibujado por Dworkin, los inconvenientes que planteé en la sección 2 para el ideal del consenso racional y la tesis de la única respuesta correcta se disuelven. Nuestros conflictos axiológicos, surgidos del pluralismo de valores y las diferencias culturales, pueden ser resueltos coherentemente.

5. BALANCE FINAL

- En este trabajo he partido del ideal de la democracia deliberativa consistente en resolver nuestras contiendas valorativas mediante un intercambio de los mejores argumentos. He resaltado la importancia del procedimiento racional de deliberación y el valor del consenso racional. He sostenido que en la base de este consenso reposa el ideal de respuesta correcta para nuestros problemas normativos.

A pie seguido he indicado cómo la diversidad cultural, transportada al plano de la diversidad valorativa, conecta el multiculturalismo con una potencial pluralidad de valores en conflicto.

He mostrado cuáles son los inconvenientes para formular la tesis de “una” respuesta correcta para nuestros problemas normativos una vez que atendemos al dato del pluralismo, el conflicto y la inconmensurabilidad de valores.

Como sobre estos temas no existe una posición unívoca he dividido el mapa de discusión en dos actitudes sobre las que llamaba la atención el poeta Arquíloco:

13 Aquí no creo necesario reconstruir todas las características de la teoría interpretativista de Dworkin suficientemente conocida por los filósofos. Sí cabe señalar que en *Justice for Hedgehogs*, que es la última obra de Dworkin, y que es la que tomo en consideración en este trabajo, hay una explicación detallada de su teoría de la interpretación.

las zorras y los erizos. He sostenido que, mientras las primeras aceptan el dato de que el pluralismo desemboca en conflictos de valores para los que no hay necesariamente una respuesta correcta, para los segundos los conflictos son aparentes y la mejor interpretación disponible es el arma adecuada para rasgar el velo de la apariencia.

- Las posturas que he descripto, se podría decir, esquematizan conceptualmente el mapa de la discusión contemporánea en torno a los conflictos de valores. Como tales, tienen implicaciones sustantivas, en tanto *reconvertidas* en teorías morales de “primer orden”, en la discusión de cómo se deben enfrentar los conflictos de valores, principalmente en sociedades democráticas. Se me ocurre que, al respecto, podrían esbozarse dos posturas diferentes que representarían la manera en que se podrían enfrentar los conflictos. No estoy seguro de que las posturas que voy a dibujar a continuación tengan una relación necesaria o uno a uno con cada una de las respectivas posiciones de zorras y erizos. Es más, mi pintura de las zorras y los erizos ha intentado ser un gran fresco. Una pintura con más detalles seguramente debería trazar más distinciones internas en cuanto a posiciones y matices internos entre el grupo de las zorras y los erizos. Por lo tanto, lo que señalaré a continuación como postura frente a los conflictos de zorras y erizos parte de una simplificación de tipo exploratorio que se detiene en dos autores que considero familiarmente característicos de las zorras (como es el caso de Thomas Nagel) y de los erizos (como es el caso de Ronald Dworkin). En efecto, para las zorras embanderadas en una postura liberal tradicional de corte pluralista, a la Nagel, allí donde no sea factible encontrar un principio objetivo que sea independiente de lo que somos, el Estado debe retirar su acción o intervención en conflictos de valores. Probablemente esta sea la actitud natural de las zorras. Frente a los desacuerdos profundos que suscitan conflictos surgidos de posiciones incompatibles en temas como el del niño Marcos de la introducción o en cuestiones como las del aborto, la eutanasia, la pena capital o el espectro de la justicia social, el Estado debe guardar neutralidad e imparcialidad dejando las cosas como están y confiando en el libre arbitrio de cada individuo. Para la otra postura, probablemente aceptada por algunos erizos (Gutmann y Thompson, 1990: 64-68)(Wong, 1992: 763-784) y pienso que este sayo le cabría a Ronald Dworkin, lo central es evitar la conclusión de la primera postura. La primera postura, se podría afirmar, “precluye” o quita de la agenda de discusión pública y relega a la esfera privada las posturas incompatibles que surgen frente a ciertos conflictos de valores como los ejemplificados más arriba. Para la segunda postura, en cambio, es preciso lograr una “filosofía pública” que logre una deliberación “racional” y “pública” sobre estos conflictos donde cada parte respete la postura del oponente y que,

con una finalidad *cooperativa*, esté abierto a dejarse influenciar por las mejores opiniones del adversario. La idea es lograr una resolución racional de los conflictos que agrupe un consenso razonado en tono a lo que se considera es la mejor postura normativa para resolver un conflicto valorativo. Y, por default, un acuerdo en el “desacuerdo” pero respetando las reglas y resultados de la deliberación democrática. En última instancia, esta filosofía pública debería ser capaz de explicitar o articular nuestros consensos sobre la unidad del valor y la coherencia interna entre sus distintos departamentos. La letanía de esta filosofía pública es que debemos ser sujetos activos en la búsqueda de coherencia y para ello el primer paso es escuchar seriamente las razones que a primera vista vemos como incompatibles con las nuestras.

- Así como las zorras y erizos organizan nuestra discusión contemporánea acerca de la posibilidad o imposibilidad de los conflictos de valores, estas otras dos posturas esquematizan las principales tomas de postura frente al tema de cómo lidiar en nuestras democracias con tales conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- Estlund, David, *La Autoridad Democrática. Los fundamentos de las decisiones políticas legítimas*, Siglo XXI Editores, Bs As, 2011.
- Véase Kimlicka, Will, *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.
- Moreso, José. J. “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, *Arbor. Ciencia, Pensamiento y Cultura*, CLXXXVI, 2010, pp. 822-823.
- Garzón Valdés, Ernesto, “Consenso, Racionalidad y Legitimidad”, *Isegoría. Revista de filosofía moral y política*, 2, 1990, pp. 13-28.
- Berlin, I. *El Erizo y la Zorra*, Muchnik editors, Barcelona, 1982.
- Martí, José Luis. *La República Deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons, Madrid, 2006, p. 97.
- Lariguet, Guillermo, “Las reglas de racionalidad del discurso práctico a la luz de la ética del discurso. Un análisis de la propuesta de Robert Alexy”, en *Ética del Discurso. Su significación por la filosofía práctica y el diálogo intercultural*, Dorando Michelini, Santiago Prono y Daniel Kalpokas (Eds), Ediciones del ICALA, Río Cuarto, 2012, pp. 73-820.
- Hoyos Bermea, Adalberto, “Justificaciones razonables en condiciones de incommensurabilidad. Una breve respuesta a Guillermo Lariguet”, *Cuadernos de Ética*, Vol. 37, 2009, pp. 1-7.

- Lariguet, Guillermo. "Las Normas deben ser Acordadas por Todos los Afectados. Una crítica a la ética del discurso", *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho, Política*. N°. 14, Madrid, 2011a, pp. 75-89.
- Waldron, Jeremy. *Law and Disagreement*, Clarendon Press, Oxford, 1999, pp. 91-92.
- Alexy, Robert, *Teoría de la Argumentación Jurídica*, Traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1989, p.301.
- Jeremy Waldron, *Anuario del CIJS*, N°. 11, 2008, pp.549-561.
- Streck, Lenio. L, *Verdad y Consenso. De la posibilidad a la necesidad de respuestas correctas en el Derecho*, B de f, Montevideo-Bs As, p. 261.
- Véase Betegón, Jerónimo, "Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°.21, I, Alicante, 1998, pp. 171-192.
- Wolf, Susan, "Two Levels of Pluralism", *Ethics*, 102, 1992, p. 788.
- Lariguet, Guillermo. *Encrucijadas Morales. Una aproximación a los dilemas y su impacto en el razonamiento práctico*, Prólogo de René González de la Vega, Plaza y Valdés, Madrid, 2011b.
- Álvarez, Silvina, "Pluralismo Moral y Conflictos de Derechos Fundamentales", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°.31, Alicante, 2008, p. 25.
- Lariguet, Guillermo, *Dilemas y Conflictos Trágicos. Una investigación conceptual*, Palestra, Lima, 2008, Capítulo 1.
- Véase Lariguet, Guillermo, "Las tensiones internas del pluralismo moral", *Isegoría. Revista de Filosofía Moral y Política*, N°.44, 2011 c, pp. 170-172.
- Moreso, José. J, "El Reino de los derechos y la objetividad de la moral", en *La Constitución: Modelo para Armar*, Marcial Pons, 2009, p. 84 y ss.
- Seung, T.K y Bonevac, D, "Plural Values and Indeterminate Rankings", *Ethics*, Vol. 102, 1992, p. 805.
- Gutmann, A y Thompson, D, "Moral conflict and Political Consensus", *Ethics*, Vol. 101, 1990, p. 72.
- Garzón Valdés, Ernesto, "Algo más acerca del coto vedado", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N°.6, Alicante, 1989, pp. 209-213.
- Dworkin, R. 2011. *Justice for Hedgehogs*, Belknap Press of Harvard University Press, Harvard, p. 1.
- Wong, D. "Coping with Moral Conflict and Ambiguity", *Ethics*, Vol. 102, 1992, pp. 763-784.



Título: Valentía

Técnica: Acrílico sobre madera

Dimensión: 10 x 10 cm

Año: 2012

EXCESO DE RITUAL MANIFIESTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA*

* Análisis de jurisprudencia

Fecha de recepción: marzo 26 de 2014

Fecha de aprobación: junio 10 de 2014

EXCESO DE RITUAL MANIFIESTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

*Yolmara Alejandra Polanco Bustos***

RESUMEN

El artículo ilustra acerca de la construcción de la figura de creación jurisprudencial, denominada exceso de ritual manifiesto, enmarcada dentro del defecto en el procedimiento, como causal para que proceda la tutela contra providencias judiciales. Pretende ser una reflexión sobre la prevalencia del derecho sustancial y la justicia material, frente a los formalismos procesales, diferenciando entre éstos y las formas propias del proceso, estas últimas, elemento del derecho fundamental al debido proceso, que a su vez se erige en principio constitucional de suma relevancia dentro del Estado Social de Derecho. Además, tiene como finalidad esclarecer una posible tensión entre el principio de seguridad jurídica y el principio de justicia material, discusión que fuera zanjada por la Corte Constitucional en favor de ésta última, en pro de una auténtica seguridad mediante la providencia que se ajuste a la verdad jurídica objetiva.

Palabras clave: Exceso de ritual manifiesto, formas procesales, prevalencia del derecho sustancial, sentencia arbitraria, tutela judicial efectiva.

APPARENT RITUAL EXCESS IN THE COLOMBIAN CONSTITUCIONAL JURISPRUDENCE

ABSTRACT

The article illustrates about the construction of the figure of creating jurisprudence, called apparent ritual excess, framed within the defect in the proceedings, as appropriate grounds for protection against court orders. Intended to be a reflection of the prevalence of substantive law and material justice, against the procedural formalities, differentiating between them and process the proper forms, the latter element of the fundamental right to law. Also aims to clarify a possible tension between the principle of legal certainty and the principle of substantive justice, discussion it was settled by the Constitutional Court in favor of the latter, in favor of a genuine security through the providence that fits the objective legal truth.

Keywords: Excess obvious ritual, procedural forms, prevalence of substantive law, arbitrary decision, effective judicial protection.

** Yolmara Alejandra Polanco Bustos, tel. 5864868 – 2320909, Cel. 3012073050, aleja54704@hotmail.com, Juzgado Dieciocho Civil Municipal de Medellín – Rama Judicial, Oficial mayor en descongestión, Abogada especialista en derecho procesal

EXCESO DE RITUAL MANIFIESTO EN LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

INTRODUCCIÓN

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia de 1991, al posibilitar el amparo judicial, para todas las personas frente a la violación de derechos fundamentales por cualquier autoridad pública, además de haber planteado un cambio en el paradigma jurisdiccional, en razón a los derechos que son objeto de esta especial protección, esbozó también una serie de cambios no solo en cuanto a la aplicación del derecho constitucional, sino también en la óptica del derecho procesal, al verse abocados los mismos jueces al control de sus decisiones mediante este mecanismo, consecuentemente planteó la reformulación de las instituciones procesales en virtud de la materialización de los fines primigenios del Estado Social de Derecho.

El análisis a presentar parte de la idea de que la Corte Constitucional Colombiana determinó mediante su jurisprudencia desde 1991 hasta hoy, que de manera excepcional la acción de tutela procede en contra de providencias judiciales, y el mismo órgano judicial ha establecido un marco teórico riguroso, para que solo bajo el cumplimiento de determinadas exigencias el juez de tutela entrase a enjuiciar, las providencias del juez de conocimiento.

Es así que el presente artículo se desarrolla en el ámbito del derecho procesal constitucional, tratando específicamente la configuración que del concepto de defecto por exceso de ritual manifiesto, ha desarrollado la Corte Constitucional en Colombia, desde el año 1991, hasta la actualidad, como causal de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales. No obstante se hará referencia previa a la conceptualización que de este defecto proporcione la teoría general del proceso. Toda vez que la denominación construida por la mencionada Corte hace referencia a instituciones como la sentencia arbitraria o caprichosa de las cuales se nutre el concepto de la vía de hecho en Colombia y que han sido ampliamente tratadas por los clásicos de la teoría del derecho procesal.

En Colombia el concepto de defecto por exceso de rito se encuentra enmarcado dentro del cambio teórico jurisprudencial que de la vía de hecho se ha desplazado a las causales generales y especiales de procedibilidad de la tutela contra providencias

judiciales; mudanza propiciada por la Corte Constitucional y que constituye todo un test para que proceda el amparo constitucional elevado en contra de una decisión judicial. Es por lo anterior, que el estudio de este concepto no puede ser aislado de este cambio teórico y, en consecuencia, previo a plantear su definición se hace, igualmente, necesario hacer referencia somera a la teoría de las citadas causales.

En virtud del desarrollo jurisprudencial se conceptualizaron como causales de vía de hecho los defectos sustantivo, fáctico, orgánico y procedimental, además de la sentencia inhibitoria, que constituyeron la configuración del concepto de vía de hecho, construcción cimentada en lo que denomina la teoría general del derecho procesal como sentencia arbitraria y sentencia caprichosa.

Posteriormente la Corte Constitucional, en la Sentencia T 949 de 2003, reemplazó el concepto de vía de hecho por la teoría de las causales de procedencia de la tutela contra decisiones judiciales, estableciendo entre ellas los defectos mencionados en el acápite anterior y sumándole el error inducido, la decisión judicial sin motivación, el desconocimiento del precedente y la violación directa de la Constitución.

En el año 1994, con la sentencia de tutela 283, se examinó la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas, a la luz del precepto constitucional contenido en el artículo 228, estableciéndose que “... *por lo general, la mejor manera de proteger los derechos fundamentales, se encuentra en la observancia de las formalidades y procedimientos consagrados en la ley. La hipótesis contraria solo posee carácter excepcional - y disfuncional en términos del sistema - que solo puede tener lugar en casos específicos, en los cuales el juez aporta una motivación contundente que justifica la omisión procedimental*”.

Lo anterior se tradujo en la observación, a través de la revisión constitucional motivada por la acción de tutela, de un especial defecto de procedimiento como causal para la procedencia del amparo constitucional, que surge cuando una decisión judicial sacrifica derechos sustanciales en virtud del cumplimiento de los ritos o formas procesales, denominada defecto por exceso de ritual manifiesto, enmarcado dentro del defecto procedimental, posición jurídica que fue sustentada a través de reiterados fallos, entre los cuales se encuentran, las sentencias de tutela 1306 de 2001, 1123 de 2002, 774 de 2004, 289 de 2005, 264 de 2009, y 429 de 2011.

En un principio, el interés de este trabajo se centrará en la tensión que trae a colación el defecto en el exceso de formalidades, al generar una aparente colisión entre los principios de seguridad jurídica y de justicia material efectiva, no obstante, el objetivo del mismo es establecer que a pesar de la tensión suscitada, a pesar que las formas procesales constituyen una garantía para un juicio justo, en los llamados casos “difíciles” y solo bajo determinadas circunstancias no ordinarias, la lógica argumentativa, la hermenéutica y el empleo de principios, por parte del

juiz de tutela cobra importancia, en tanto es a aquél a quien le compete, evaluar, si para producir el fallo de fondo se hizo uso de un formalismo excesivo, a costa del menoscabo de derechos sustanciales, y en consecuencia si con tal proceder se vulneraron derechos fundamentales.

Finalmente, el propósito es plantear una re-significación de las formas procesales, a partir de la evaluación de los elementos que estructuran o caracterizan el defecto por exceso en las mismas, sin caer en tendencias de ambivalencia entre los derechos sustancial y procesal, para en su lugar abogar por una armonización de los mismos.

El desarrollo del concepto a tratar se ha abordado fundamentalmente desde la teoría general del derecho procesal y a partir de la jurisprudencia y la doctrina constitucionales, por lo cual, las fuentes principales para la exposición de los planteamientos que en adelante se harán, hacen referencia a obras clásicas del derecho procesal y a sentencias proferidas por la Corte Constitucional, en su mayoría en sede de tutela.

1. PRINCIPIO DE LA PREVALENCIA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS PROCESALES. CONCEPTO DE DERECHO SUSTANCIAL

El principio de la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas en Colombia, a nivel constitucional, se encuentra normado en el artículo 228 de la Constitución Política de Colombia, cuando dice que: *“La Administración de Justicia es función pública. Sus decisiones son independientes. Las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley y en ellas prevalecerá el derecho sustancial. Los términos procesales se observarán con diligencia y su incumplimiento será sancionado. Su funcionamiento será desconcentrado y autónomo”*. Dada la textura abierta de las normas constitucionales, la Corte Constitucional, como intérprete autorizado de la Carta, ha entendido que el privilegiar el derecho sustancial no consiste en entender al derecho procesal como un derecho adjetivado, sino como una garantía que encierra la realización del derecho sustantivo. Así, en Sentencia de constitucionalidad número 029 de 1995, la misma Corte diferenció el derecho sustancial del procesal, definiéndolos en los siguientes términos:

... el derecho sustancial consagra en abstracto los derechos, mientras que el derecho formal o adjetivo establece la forma de la actividad jurisdiccional cuya finalidad es la realización de tales derechos. Sobre esta distinción, anota Rocco:

“Al lado, pues, del derecho que regula la forma de la actividad jurisdiccional, está el derecho que regula el contenido, la materia, la sustancia de la actividad jurisdiccional.

“El uno es el **derecho procesal**, que precisamente porque regula la forma de la actividad jurisdiccional, toma el nombre de **derecho formal**; el otro es el **derecho material o sustancial**.

«**Derecho material o sustancial** es, pues, el derecho que determina el contenido, la materia, la sustancia, esto es, la finalidad de la actividad o función jurisdiccional». (ob. cit., tomo I, pág. 194).

De otra parte, las normas procesales tienen una función instrumental. Pero es un error pensar que esta circunstancia les reste importancia o pueda llevar a descuidar su aplicación. Por el contrario, el derecho procesal es la mejor garantía del cumplimiento del principio de la igualdad ante la ley. Es, además, un freno eficaz contra la arbitrariedad. Yerra, en consecuencia, quien pretenda que en un Estado de derecho se puede administrar justicia con olvido de las formas procesales. Pretensión que solo tendría cabida en un concepto paternalista de la organización social, incompatible con el Estado de derecho.

Cuando un conjunto de normas jurídicas lo que regula “... es el ejercicio del goce de los bienes de la vida, los estados y las relaciones jurídicas entre los particulares”(MORALES MOLINA, 1973. p 16-17), si lo que estas otorgan son derechos, facultades y obligaciones, es posible clasificarlas dentro del derecho sustancial; el cual constituye un fin en sí mismo, a diferencia de la norma procesal, la cual trae es un método para el cumplimiento de esos derechos, facultades u obligaciones ante la jurisdicción. Es así que el derecho sustantivo se hace observar por medio del derecho procesal, del que se sirve como instrumento, además, dicho instrumento se constituye a la vez en una garantía en sí mismo, para la consecución de la justicia, porque materializa el acceso a la misma, esta garantía se patentiza en el principio de la legalidad de formas procesales.

Para Carnelutti, la norma procesal de la sustancial debe ser diferenciada desde la finalidad que cumple, porque si bien el fin de la primera también es componer el litigio, la norma instrumental lo compone de manera mediata, al otorgar el poder de componerlo y la sujeción a la decisión, además de constituir el medio para solucionarlo (CARNELUTTI, 1944).

1.1. PRINCIPIO DE LA LEGALIDAD DE LAS FORMAS PROCESALES – APUNTES SOBRE FORMALISMO VALORATIVO

El principio de la legalidad de las formas procesales hace parte del derecho al debido proceso, establecido en el artículo 29 del ordenamiento superior colombiano.

Las formas procesales son concebidas como los métodos a través de los cuales se desarrolla el proceso, “son los requisitos que deben cumplirse en la realización de

los actos que componen el proceso” (PUPPIO, 2008. Pág. 163.) y penden del desarrollo socio-histórico, lo que ha dado lugar a que dentro de la teoría de las formas procesales existan dos posturas, la primera de ellas corresponde a la libertad de las formas procesales, según la cual no se requiere seguir los requisitos exigidos por la norma procesal para cumplir con el derecho sustancial y, la segunda, estima que a partir del establecimiento del Estado de derecho, dentro del cual se concibió el principio mismo, se determinó que la actividad de los justiciables ante la jurisdicción está previamente determinada en la ley, en tanto que las actuaciones para conservar validez y eficacia deben ceñirse a lo indicado por las normas de carácter procesal, dado que son estas las que determinan la existencia y funcionamiento de los órganos públicos, los cuales están instituidos para actuar el derecho procesal, asignándoles sus funciones, poderes y deberes, en definitiva, previendo “... *los modos, circunstancias, formas y condiciones de la actividad de esos órganos y de los particulares autorizados u obligados a intervenir en la realización jurisdiccional del derecho* ...” (CLARIÁ OLMEDO, 1982. Pág. 97)

El principio de la legalidad de las formas procesales, conserva tres aristas distintas: la forma de los procedimientos, la forma de los actos procesales y la forma de los presupuestos procesales, o del proceso. La primera, determina la actuación del juez y las partes conforme al procedimiento legalmente establecido, ya sea de conocimiento, ejecutivo, monitorio, verbal, verbal sumario, o los especiales que defina la ley; la segunda; los actos procesales deben estar determinados en circunstancias de tiempo, modo y lugar, es así, que la forma de los mismos se define respondiendo al cuándo, cómo y en dónde se deben llevar a cabo; y finalmente, la tercera arista hace relación a las condiciones necesarias para que el proceso tenga existencia y validez jurídica, la carencia de estos presupuestos acarrearán desde la inexistencia hasta la nulidad de los actos procesales, los presupuestos como parte de las formas, se refieren a la jurisdicción, la competencia, la capacidad para ser parte, para comparecer en juicio, la demanda en forma, la no caducidad, entre otros, que actualmente se encuentran fijados en los artículos 100 y 133 de la Ley 1564 de 2013 mediante la cual se expidió el Código General del Proceso.

Las formas de los actos procesales se caracterizan porque su finalidad es obtener la certeza de que existe correspondencia entre el derecho sustancial y la pretensión, para alcanzar esa certeza, las formas deben ser conocidas por las partes, deben ser dúctiles o flexibles con el fin de alcanzar el restablecimiento del derecho sustancial, deben ser lo más sencillas posibles, para evitar el fárrago, y deben gozar del rigor formal, en un sentido teleológico trascendente, es decir que se encuentren consignadas como garantía de principios como el de la bilateralidad de la audiencia, y el alcance de la justicia material.

Es por lo anterior que se hace pertinente para la finalidad de este trabajo, traer a colación posiciones como las del procesalista brasileño, Álvaro Oliveira, quien conceptualiza al formalismo como “*la totalidad formal del proceso, comprendiendo no solo la forma o las formalidades, sino especialmente la delimitación de los poderes, facultades y deberes de los sujetos procesales, coordinación de su actividad, orden del procedimiento y organización del proceso, con vista a que sean alcanzadas sus finalidades primordiales.*” (OLIVEIRA, 2010, p. 1.), para finalmente propugnar, por el formalismo valorativo, el cual va más allá de lo instrumental, y ensancha significativamente la visión de las formas al identificar, como lo ha hecho la Corte Constitucional, que “*el derecho procesal es el derecho constitucional aplicado, que significa esencialmente que el proceso no se agota dentro de la perspectiva de una mera realización del derecho material, constituyendo, sí, más ampliamente, la herramienta de naturaleza pública indispensable para la realización de justicia y pacificación social.*”

1.2. NOCIÓN DE PROVIDENCIA JUDICIAL ARBITRARIA O CAPRICIOSA

La decisión judicial, además de encontrarse determinada por el derecho sustancial, debe obedecer a las normas procesales, toda vez que estas últimas son elementos ordenadores del proceso, y sin estas se vería envuelto en una especie de caos, y no permitirían la realización del derecho sustancial, y en últimas, tampoco supondría la verificación de la justicia material.

En tanto, una sentencia arbitraria se concibe como la decisión o fallo sin fundamento, contraria a la Constitución, a la ley, o al derecho vigente. Bajo el entendido de que el derecho, como sistema normativo debe obedecer a la concepción de justicia, a lo considerado como justo dentro de la escala valorativa producida en una cierta cultura, y es ser justo, el deberse a otro, en una determinada relación de igualdad, es en consecuencia al juez como administrador de la justicia quien determina esa relación, por ende un fallo que no sea justo, contraría de por sí la razón de ser del derecho y, en sí, de la Constitución Nacional. “*Una sentencia arbitraria es injusta, y por lo tanto, inconstitucional.*” (VERA EZCURRA, <http://www.salvador.edu.ar/ritual.htm#SENTENCIA>)

Resultar claro que “*Uno de los ideales definitivos del derecho es la justicia.*” (QUINTERO DE PRIETO, 1997, p. 6.), sin embargo, en este punto se plantea el problema de definir acerca de cuál es el ideal de justicia al que se debe atender, dado que “*Pretender alcanzar un concepto de justicia desde el ámbito procesal implica inicialmente admitir que hablar de justicia es hablar de valores, de representaciones sociales, es decir, de ideologías: la filosofía ha abordado la justicia; también la sociología y las diversas corrientes de pensamiento jurídico.*” (RAMÍREZ

CARVAJAL, 2007, p. 167.), es así que se han producido tantas teorías de justicia cuantas corrientes filosóficas han existido¹, entre estas se encuentran las “*TEORÍAS PROCESALES DE LA JUSTICIA*” como las calificó Beatriz Quintero de Prieto (1997, p. 10), las cuales se constituyen en los argumentos que justifican la decisión de adoptar un tipo de procedimiento, el cual comprende una serie de condiciones y reglas direccionadas a “*producir derecho justo o fundar racionalmente juicios de justicia*”(1997, p.10).

Dentro de estas teorías Beatriz Quintero de Prieto, señala que se diferencian unas de las otras por el modelo de procedimiento que adoptan, cuando la decisión producida se basa en una especie de contrato, porque proviene predominantemente del acuerdo entre partes, se hace alusión a la de la “*ARGUMENTACIÓN DE LA JUSTICIA*”, o “*DECISIONISTAS DE LA JUSTICIA*”, si la decisión es producción del juez, y finalmente “*LA TEORÍA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL*”, que es una teoría de justicia procesal – material, dado que las normas constitucionales sirven toda vez que establece el procedimiento para la producción de las demás normas del ordenamiento jurídico, y a su vez constituye límite para el arbitrio de los otros poderes estatales.

Es decir, bajo esta perspectiva, una decisión justa es aquella en la cual se respetan los acuerdos constitucionales, especialmente el derecho fundamental al debido

1 “Un concepto tradicional de justicia es el de Ulpiano: la voluntad constante y perpetua de dar a cada uno su derecho -Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. (...) También puede elaborarse un concepto de justicia dialogada, según García Amado: “la definición o determinación del concepto de justicia tendría por finalidad... ofrecer el marco dentro del cual se puede discurrir y hablar sobre el tema de lo justo... a cuya luz se debe establecer lo que en un caso concreto sea justo”. En fin, como lo expresa Bobbio, para entender la justicia se requiere adoptar una escuela, una posición, porque estamos hablando de valores, de esta manera el formalismo jurídico responde a una idea de justicia, “la teoría según la cual acto justo es aquel que es conforme a la ley”, o la justicia de los acuerdos donde Según el modelo convencional, no existe justicia o injusticia si antes no existe alguna convención porque, por naturaleza, todo es lícito, pero establecida una convención, la justicia consiste en respetarla, la injusticia en infringirla...según el modelo naturalista, es justo aquello que cada uno por naturaleza puede hacer; y por lo tanto no hay otro criterio para distinguir lo justo de lo injusto que la regla impuesta por aquel o por aquellos que tienen el poder de hacerla respetar. Y también refiere Bobbio un modelo de justicia relacionado con el orden y la igualdad, “una de las formulaciones más comunes y menos discutidas y discutibles de la justicia como orden es: *pacta sunt servanda*; se trata de una regla que establece no ya aquello que se debe hacer... sino que afirma que se debe hacer todo aquello que ha sido convenido...”. La evolución de una idea de justicia, ya en el Estado social de derecho, lleva a la consagración de principios que guían la actividad del Estado en los campos jurídico, político, económico y administrativo; por esto dice la Corte Constitucional: “es así como el Estado Social de Derecho debe garantizar estándares mínimos de salario, alimentación, salud, habitación, educación para todos los ciudadanos pero ahora bajo la idea de justicia material y no simplemente formal”. Se discute así la idea de justicia “distributiva” que es citada en los casos jurídicos más disímiles, como “justicia material prevalente”, para lograr relaciones diferenciales entre el todo y las partes. Este concepto también se utiliza como justicia social, que contiene la idea de eliminar las desigualdades a través de la interpretación y la aplicación de principios y valores en la vida cotidiana” (RAMIREZ CARVAJAL, 2007)

proceso, en virtud del cual la sentencia es emitida por un juez natural, independiente e imparcial, que trámite la pretensión conforme el derecho sustancial apareciese establecido, y su decisión es producto del desarrollo del debate bajo las formas propias del proceso y de la defensa en igualdad de condiciones ejercida por las partes, y que se compadezca con la verdad fáctica.

El proceso si bien debe atender a las formas procesales para la consecución de la verdad, es inaceptable renunciar a la misma en pro del cumplimiento exclusivo de estas, así la decisión judicial justa debe atender a la verdad de los hechos con la observancia de las formas, toda vez que:

...el derecho procesal, en el marco de un estado constitucional de derecho, debe buscar la solución de conflictos, pero desde una base justa y no sólo eficiente, basada en el establecimiento de la verdad.

...Como conclusión, se puede afirmar que, para la Constitución Política, arribar a la verdad es algo posible y necesario; que la Jurisdicción tiene como finalidad la solución de conflictos de manera justa; y que esa solución supone la adopción de las decisiones judiciales sobre una consideración de los hechos que pueda considerarse verdadera. (Corte Constitucional. Sentencia T 264 de 2009.)

Además de lo anterior, y de ser posible, una sentencia justa desde el mismo plano deontológico también debería consultar un mínimo de justicia social, es decir que debería contener *“la idea de eliminar las desigualdades a través de la interpretación y la aplicación de principios y valores en la vida cotidiana.”* (1997, p. 12)

En consonancia con lo anterior, la Corte Constitucional en sentencia de tutela 1301 del año 2001 concibió que la sentencia arbitraria puede contraponerse a la sentencia justa, como viene concibiéndose no sólo en los casos en los que *“el juez impone, de manera grosera y burda su voluntad sobre el ordenamiento, sino que incluye aquellos casos en los que se aparta de los precedentes sin argumentar debidamente (capricho) y cuando su discrecionalidad interpretativa se desborda en perjuicio de los derechos fundamentales de los asociados (arbitrariedad).”*

Ahora bien, la arbitrariedad puede ser producto de diferentes defectos en la producción del fallo, y no necesariamente se vincula a que la decisión de fondo adoptada no se compadece con el derecho sustancial, ya que igualmente puede llegarse a un fallo injusto por diferentes vías. Para efecto de lo que es de interés en esta propuesta, se hace referencia es la providencia en la que prevalecen las formas por las formas, toda vez que una decisión arbitraria implica la *“renuncia en forma consciente a la verdad jurídica objetiva patente en los hechos, apegándose en consecuencia al texto literal de las normas procesales, de lo cual deriva un menoscabo de la justicia, pues no cabe conducir el proceso en términos estrictamente formales con menoscabo*

del valor justicia y de la garantía de la defensa en juicio.” (FERNÁNDEZ PELLO, <http://www.salvador.edu.ar/pello.htm#Causales%20de%20arbitrariedad%20seg%C3%BAAn%20Genaro%20Carrio>)

Una vez reconocidas las grandes ventajas de las formas procesales por el maestro HUGO ALSINA, él también encuentra que:

... las formas tienen al mismo tiempo el inconveniente de que imponen una demora en la sustanciación de los procesos, elevando su costo, y cuando son excesivas, los términos se invierten, porque el derecho material o de fondo, para cuya realización han sido establecidas, resulta sacrificados a las exigencias de las formas. Dos son los intereses a conciliar en esta materia: la celeridad y la seguridad. Por una parte, el actor desearía que el proceso tuviera resolución en el plazo más breve posible, reduciendo el conocimiento del juez a una simple información sumaria; en tanto que el demandado reclamará mayor amplitud para el ejercicio de la defensa y estimará lesiva para sus intereses cualquier restricción a este respecto. Frente a ellos el interés de la sociedad exige que la decisión del juez sea justa para que llene su función social y restablezca el orden jurídico.

d) La dificultad está en encontrar el término medio adecuado, según las necesidades y condiciones de la vida en un momento determinado... (ALSINA, 2006, p. 18.)

Además de señalar que respecto del derecho canónico se ha avanzado en cuanto a la prescindencia de las formas procesales que sacrifican el derecho sustancial, e incluso ALSINA (2006, p.19) mencionando a CALAMANDREI da como ejemplo la nulidad de la sentencia cuando el juez no la promulgaba de pie, y propugna por una nueva tendencia que establezca un punto intermedio entre la libertad de las formas y la legalidad de estas, un sistema para que el juez adecúe los procedimientos a las circunstancias del caso *sub judice* y dictamina CARNELUTTI “*que el legislador no debe perder nunca de vista que el proceso no es más que un instrumento; que las formas tienen un fin en sí y que todas ellas están puestas al servicio de una idea: Justicia*” (ALSINA, 2006, p. 19), se debe agregar como destinatario de esta directriz, al juez quien más que el legislador tampoco debe olvidar que las formas deben ser cumplidas pero no para reivindicar el procedimentalismo y el rito exagerado, sino las formas como “*referentes de seguridad jurídica y de libertad que se imponen en el proceso como límites frente al poder*” (AGUDELO RAMÍREZ, 2006, p. 97).

De todo lo anterior se desprende que aunque las formas propias de cada proceso constituyen una garantía de la realización de los preceptos constitucionales*², no

2 Los preceptos constitucionales entendidos a la manera de BEATRIZ QUINTERO DE PRIENTO como “*LOS DERECHOS HUMANOS, y los principios de justicia como pretensiones subjetivas válidas por sí mismas*”

obstante se anticipa, que no solo ante la carencia de la forma procesal se menoscaba el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva, sino también ante el formalismo excesivo³, y es en esta precisa situación, cuando se hace necesario recurrir a mecanismos de amparo constitucional como la tutela.

2. TEORÍA DE LOS DEFECTOS

En definitiva, al juez del Estado Social de Derecho no puede seguir considerándosele como la boca que pronuncia la ley. Hoy su función se redefine dentro de su rol de juez creador de derecho sustancial, y la sentencia es el nacimiento de una norma nueva, de la norma para un caso en concreto, que fue producto de la actuación de la jurisdicción, y ante tal decisión las partes están en el deber de someterse, siempre que sea una decisión definitiva

En ese punto ya toda discusión sobre la justicia o injusticia del pronunciamiento es inútil. En ese punto lo que está decidido es el derecho.

(...)

A la sentencia injusta se la traza como remedio un sistema de impugnaciones. Esas impugnaciones cuando se producen y prosperan en el mismo seno del órgano pueden cambiar el caso juzgado. La tutela es una impugnación por fuera de la jurisdicción y por lo mismo no puede cambiar el caso juzgado sino simplemente disponer que se juzgue de nuevo por violación del debido proceso y ya con la observancia del mismo (QUINTERO DE PRIETO, 1997, p.10).

Es por ello que se dice que el juez de tutela no puede solucionar el conflicto interpartes, sino que su competencia se circunscribe a evaluar la violación del derecho fundamental al debido proceso. Sin embargo, lo anterior no implica la realización de una justicia meramente formal, lo que sucede es que deben equilibrarse dentro del ordenamiento jurídico, para los diversos procedimientos que lo componen, los principios tanto de seguridad jurídica como de justicia material, tanto es así, que:

con independencia de la ley. Derechos que conciernen al hombre como tal; NO AL HOMBRE EN CUANTO ENTABLA RELACIONES JURÍDICAS PARTICULARES CON OTROS HOMBRES (...) y los principios de justicia como derechos inviolables, directamente atribuidos desde la Constitución, como patrimonio jurídico de sus titulares, con independencia de la ley."

3 Respecto de lo anterior señala ANTONIO MARÍA LORCA (Derecho procesal como sistema de garantías, 2003 p. 555), que tanto proceso y procedimiento son conceptos diversos, ambos son interdependientes, justificables entre sí, y establece que el procedimiento debe ubicarse en cada momento histórico, para que conduzca a decisiones racionales.

El juez de legalidad (el típico juez que ejerce función jurisdiccional) no puede ser un juez incompatible con el juez de la constitucionalidad (como es el juez de amparo y el Tribunal Constitucional). Por esto, es perfectamente posible, en medio de las tensiones que supone estar en modelos híbridos, mixtos o semiconcentrados, que la aplicación directa de principios (procesales y sustanciales) sea una realidad, y en donde la interpretación posibilita igualmente debilitar la tradición legislativa imperante, para hacerla más cercana frente a los propios destinatarios: individuos que reclaman de la obtención de soluciones sustancialmente justas. (AGUDELO RAMÍREZ, 2006, p. 97).

Esto se sustenta, según lo ha dicho la Corte Constitucional, en el carácter excepcional de la Acción de tutela en contra de providencias judiciales, toda vez que con ello se

...garantiza que las sentencias judiciales estén amparadas adecuadamente por el principio de cosa juzgada que prescribe su inmutabilidad, y que los jueces conserven sus competencias, autonomía e independencia al decidir los casos de los que conocen.

...En la preservación de estos principios adquieren un papel protagónico los requisitos generales de procedencia formal de la acción, subsidiariedad e inmediatez. El primero, asegura la independencia y autonomía judicial pues el peticionario sólo puede acudir a la tutela una vez haya agotado los mecanismos previstos por el sistema jurídico; el segundo, por su parte, evita que se dé una erosión muy acen tuada de la seguridad jurídica y la cosa juzgada, pues preserva la intangibilidad de las sentencias ejecutoriadas, toda vez que, transcurrido un tiempo razonable no es posible que sean cuestionadas por un supuesto desconocimiento de derechos fundamentales. Por ello, se afirma que la cosa juzgada adquiere una dimensión sustancial: las sentencias se protegen en la medida en que aseguran no solo seguridad jurídica, sino un mínimo de justicia material.

(...)

Por ello, está vedada al juez de tutela cualquier intromisión en asuntos puramente litigiosos, en la escogencia de interpretaciones legales constitucionalmente válidas; o, finalmente, en las amplias atribuciones del juez para la valoración del material probatorio, mientras su ejercicio se ajuste a la efectividad de los derechos constitucionales. (Corte Constitucional Colombiana, 2009) Subrayas fuera de texto.

Es así que después de un largo debate sobre el punto, y decisiones encontradas entre los órganos de cierre de la jurisdicción, resulta claro que la tutela es procedente contra providencias judiciales, siempre que el asunto sometido al juez constitucional cumpla los siguientes requisitos:

En primer lugar, el asunto debe tener relevancia constitucional, es decir que al no ser una tercera instancia, como se trataba inicialmente, no puede reemplazar los recursos ordinarios, y no puede ser usada para discutir asuntos de ley.

En segundo lugar, la tutela procede de manera extraordinaria y subsidiaria, cuando no exista otro mecanismo de defensa, ya sean los recursos ordinarios o extraordinarios, esto no aplica en caso de existir un perjuicio irremediable.

Tercero, tampoco procede la tutela cuando la amenaza o la violación del derecho han cesado, y no se interpuso esta acción en su oportunidad.

Cuarto, tratándose de defecto procesal, este debe ser una fragante violación al derecho fundamental, y por tanto debe tener influencia directa en la decisión de fondo adoptada por el juez, así lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia T 008 de 1998.

En quinto lugar, se exige que el tutelante sea quien delimite claramente el actuar judicial que vulnera el derecho fundamental.

Sexto, como ya antes se había hecho mención, el juez de tutela, no puede enjuiciar en lugar del juez de conocimiento, únicamente puede ordenar que se profiera la sentencia bajo ciertas directrices, y sin restableciendo el derecho fundamental vulnerado.

Séptimo, la competencia para conocer de la acción de tutela se radica en el superior funcional de la autoridad judicial que profirió la providencia violatoria del derecho fundamental.

En octavo lugar, establecido que el mecanismo para superar las irregularidades que en el trámite de tutela se generen corresponde a la revisión que de los fallos en esta sede hace la Corte Constitucional, no sería procedente la tutela en contra de los mismos.

Por último, el noveno requisito, se erige en que la decisión constituya una vía de hecho, derivada de lo que el desarrollo doctrinal, a partir de la sentencia T 231 de 1994, estableció como la teoría de los defectos:

Orgánico, se trata del defecto en la producción de la providencia, porque el órgano judicial, que proveyó la solución al conflicto intersubjetivo de intereses carecía total y manifiestamente de competencia para hacerlo⁴.

- a. Procesal, este defecto lo ha definido la Corte Constitucional como la providencia originada bajo condiciones en las que *“el juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite a determinadas cuestiones, está actuando en forma arbitraria y con fundamento en su sola voluntad”* (Corte Constitucional. Sentencia T 1180 de 2001)

4 Ver: Corte Constitucional, Sentencia T 668 de 1997 y T 008 de 1998

- b. Fáctico, hace referencia, a lo concerniente al acervo probatorio y la valoración que de este realice el juez, es el control a la arbitrariedad judicial, toda vez, que se hizo evidente el error fáctico, por omitir una prueba, o por valorar una prueba manifiestamente irregular, en tratándose de omisiones, es debido o a que el juez omitió decretar una prueba determinante para llegar a una sentencia razonable y justa, sin motivo alguno, incurriendo en la violación al debido proceso, o a que una vez decretada omitió valorarla, ahora, si fue valorada la prueba, esta definió la decisión judicial pero no se tuvo oportunidad de controvertirse por una disposición arbitraria o la prueba se obtuvo con violación al debido proceso (Corte Constitucional. Sentencia SU 159 de 2002).
- c. Material o sustancial, *“Este defecto se configura por la aplicación de una norma claramente inaplicable al caso concreto, situación esta que abarca desde la aplicación de una norma inexistente, derogada o declarada inconstitucional, hasta la inadecuada interpretación y aplicación de los derechos fundamentales al caso objeto de decisión judicial.”*(BOTERO MARINO, 2007, p. 241)

Además de los anteriores defectos, se configuran los que a consecuencia del actuar estatal, hacen que el juez incurra en error, por la legítima confianza que en el Estado se deposita, como lo son la decisión sin motivación, el desconocimiento del precedente y la violación directa de la Constitución.

Del análisis de esta teoría de los defectos se puede concluir que la pretensión de la Corte es constituir un test que pretende conjurar la inseguridad que produce la posibilidad de desvirtuar la cosa juzgada, producto del fallo definitivo, mediante el mecanismo de amparo constitucional, así se acierta una solución procesal a un problema en sí sustancial.

De los defectos en mención, el de interés corresponde al defecto procedimental, que es un concepto construido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional Colombiana, dentro del marco de las garantías primordiales del derecho al debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, y del acceso a la administración de justicia consignado en el artículo 228 en la misma normatividad. La primer garantía, el debido proceso, como ya se ha dicho, comprende el acatamiento que debe guardar el juez por el procedimiento y las formas propias de cada juicio, y la segunda, el acceso efectivo a la administración de justicia, hace referencia *“al reconocimiento de la prevalencia del derecho sustancial y la realización de la justicia material en la aplicación del derecho procesal”* (Corte Constitucional. Sentencia T 429 de 2011).

La Corte en mención ha considerado que el defecto procedimental, puede tener una doble caracterización, tiene el carácter de absoluto, cuando se desconocen las

formas procesales, y excepcionalmente estableció que el defecto procedimental puede estructurarse por exceso ritual manifiesto cuando “(...) un funcionario utiliza o concibe los procedimientos como un obstáculo para la eficacia del derecho sustancial y por esta vía, sus actuaciones devienen en una denegación de justicia.” (Corte Constitucional. Sentencia T-264 de 2009.)

El acaecimiento del defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, implica que el funcionario judicial incurra en las siguientes situaciones:

2.1.1. Evade el carácter instrumental del derecho procesal, como medio para garantizar la realización de los derechos ciudadanos

2.1.2. Dimite de forma consciente a la verdad jurídica objetiva contrariando los elementos fácticos que fueron probados para el caso concreto.

2.1.3. Privilegia la aplicación del derecho procesal aunque implique el desconocimiento de derechos fundamentales (Corte Constitucional. Sentencia T- 1091 de 2008.)

La Corte construyó la línea jurisprudencial sobre el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto, fundándose en el contenido del artículo 228 de la Constitución Política, particularmente en el reconocimiento de la preeminencia del derecho sustancial. Así, bajo el entendido de que el procedimiento goza de un grado de importancia superior bajo la estipulación del Estado de derecho, no es axiológicamente correcto, ni jurídicamente válido que en virtud de este se sacrifiquen derechos subjetivos, pues esencialmente la finalidad del derecho procesal es asistir a la realización de estos y allegarse al alcance de una verdadera justicia material.

3. DEFECTO POR EXCESO DE RITUAL MANIFIESTO

Para arribar al concepto del defecto por exceso de ritual manifiesto como la situación en la que el juez no da prevalencia al derecho sustancial, sino al formalismo o ritualismo que no es adecuado para el caso en concreto y por esta vía deniega o vulnera el derecho al acceso a la administración de justicia, se expondrá su origen jurisprudencial en Argentina y su inclusión en el ordenamiento colombiano.

3.1. UNA REFERENCIA HISTÓRICA

La figura del defecto por exceso de ritual manifiesto es de origen pretoriano, y aparece reseñada inicialmente en la jurisprudencia de la Corte sentencia T-1091 de 2008. Suprema de Justicia de la Nación Argentina –C.S.J.N.A-, para el año 1957, en el caso Colalillo Domingo en contra de la Compañía de Seguros España y Río

de la Plata, en el cual el juez de primera instancia debía zanjar si a la fecha de la ocurrencia de accidente de tránsito el conductor del vehículo de propiedad del accionante, poseía o no el registro habilitante correspondiente.

La sentencia fue desestimatoria de las pretensiones por no haberse probado la condición del registro, pero una vez proferido el fallo, y antes de su notificación, el demandante allegó un documento probando que a la fecha del accidente se encontraba habilitado para conducir. El *a quo* notificó la sentencia sin variarla, la que fue recurrida por ambas partes; la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia argumentando que era insuficiente la incorporación del documento aportado, para que sufriera modificación la decisión tomada por el Inferior.

Frente a tal decisión confirmada, la C.S.J.N.A. estableció que el recurso extraordinario federal procedía, y ordenó se decidiera nuevamente el caso, en virtud de una causal de arbitrariedad de sentencia, que consistía en la aplicación del derecho procesal en forma meramente ritual, porque con ello se renuncia conscientemente a la verdad, lo cual es incompatible con el acceso a la administración de justicia, y que por lo tanto los jueces debieron haber agotado los mecanismos que la ley otorgaba para buscarla⁵. Entre las conclusiones a las que llegó la C.S.J.N.A., se encuentran:

...el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte.

Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho. (VERA EZCURRA, <http://www.salvador.edu.ar/ritual.htm#SENTENCIA>).

3.2. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL DEFECTO POR EXCESO DE RITO MANIFIESTO COMO CAUSAL DE PROCEDENCIA DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES EN COLOMBIA

Es con la sentencia T- 1306 del 6 de diciembre de 2001, que se da inicio a la línea jurisprudencial del defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto, la cual, a

5 Ver: Sentencia 1306 de 2001 y Sentencia T 1123 de 2002

su vez, tuvo fundamento en la sentencia C-029 de 1995 relativa a la prevalencia del derecho sustancial en las actuaciones judiciales. Es uno de los pronunciamientos de más relevancia respecto del defecto de procedimiento por exceso de rito, toda vez que es recurrentemente nombrada en las decisiones en las cuales se hace alusión al mismo y especialmente porque en esta se tuvo que decidir si la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había incurrido en una “*vía de hecho*”, toda vez que esta última estableció que el accionante conservaba el derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación, y no obstante esto, nunca le reconoció el mismo contraviniendo esa realidad, fundamentada en que el demandante incurrió en errores de carácter técnico al momento de presentar el recurso de casación.

Respecto del recurso de casación, la Corte Constitucional señaló que se debe constituir en un instrumento idóneo para la protección de los derechos fundamentales, y determinó que si en esta instancia el juez encuentra comprometido alguno de estos derechos, esa realidad debe incidir en la decisión definitiva, más aún cuando esta instancia funciona como cierre de la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, amparó el derecho al debido proceso del solicitante al determinar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia privilegió las normas procesales sobre el derecho sustancial, y en lugar de ello le acometía el deber de procurar resolver realizando el principio de justicia material en el caso concreto y se basó en que la Sala Laboral explicó en la parte considerativa de su providencia que efectivamente el derecho a que se concediera la pensión de jubilación se desconoció, dado que la C.S. de J. desconoció que sí poseía el actor el derecho al no casar la sentencia por defectos técnicos.

En la sentencia T-1123 del 12 de diciembre de 2002, consideró que se incurrió en un formalismo excesivo al rechazar una demanda laboral interpuesta por un alto número de adultos mayores, debido a que el poder conferido se dirigía a los jueces civiles del circuito y no al juez laboral. En el caso en específico el Juez 18 Laboral del Circuito de Bogotá ordenó la corrección de la demanda y de los 500 poderes, en el término de cinco días. El litigante corrigió la demanda, pero pidió un plazo adicional para aportar los poderes, debido a que no todos sus mandantes se encontraban en la misma región del país, lo cual le fue negado. La Corte consideró que la exigencia impuesta en un término de cinco días, y la negativa a la ampliación, se hallaban insertas en el supuesto del exceso ritual manifiesto. Igualmente asumió que la pretensión principal correspondía a lograr el pago de unas mesadas de pensión por lo tanto era de conocimiento del juez laboral, era así que la demanda llenaba los requisitos de ley para ser admitida, y la inadmisión de la demanda porque los poderes no iban dirigidos al juez laboral constituía una vulneración al acceso a la administración de justicia y al principio de favorabilidad en materia laboral. Como solución práctica propuso que el juez debió con el fin de dar prevalencia al dere-

cho sustancial inaplicar las normas sobre términos legales para que se corrigieran los poderes, o prestarle validez a los poderes como expresión de voluntad de los demandantes.

En la sentencia T-950 de 2003, se trata de un asunto en el que el Juez Tercero Civil del Circuito de Valledupar decretó la perención de un proceso de responsabilidad civil extracontractual porque el demandante no asistió a la audiencia de conciliación que se llevaría a cabo en dicha ciudad, y que le fuera notificada un día antes de llevarse a cabo, sin tener en cuenta que este se encontraba recluido en la cárcel La Picota de Bogotá. La Corte encontró que la actuación del juez civil fue irrazonable y desproporcionada, especialmente porque conocía de antemano esta situación.

En providencia T- 289 del 31 de marzo de 2005, la Corte en mención estudió el caso de un ciudadano que interpuso el recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra un auto proferido por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca mediante el cual la demanda fue rechazada de plano. El Alto Tribunal rechazó por improcedentes los recursos en mención al concluir que el recurso que procedía era el de súplica en virtud de las normas vigentes. El órgano de cierre de la jurisdicción constitucional argumentó el amparo en virtud de que, si bien el Tribunal se basó en una disposición legal, con su actuación desconoció la orden constitucional de prevalencia del derecho sustancial en todas la actuaciones judiciales que ordena el artículo 228 de la Constitución.

En sentencia 264 de 2009, de la cual ya se había hecho mención anteriormente, la Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá, revocó un fallo que concedía, dentro de un proceso de responsabilidad civil extracontractual por accidente de tránsito, en el cual los demandantes no aportaron los registros civiles de nacimiento para probar la legitimidad por activo sino que aportaron una sentencia del proceso penal que se había adelantado por los hechos que originaron la responsabilidad. Para este asunto la Corte estableció que, si bien los jueces gozan de libertad para valorar las pruebas dentro del marco de la sana crítica, no pueden desconocer la justicia material por un exceso ritual probatorio opuesto a la prevalencia del derecho sustancial; que si bien el juez puede apreciar libremente la prueba, esta apreciación debe ser proporcional con los hechos y las cargas de los sujetos, para que no se sacrifiquen derechos constitucionales más importantes, y que además el juez como director del proceso debió decretar de oficio una prueba que era necesaria para fallar, dado que al decidir en contra de la demandante, si bien no era una sentencia inhibitoria, en una sentencia aparentemente desestimatoria por la inactividad del juez se cerraba el paso al “*acceso material a la administración de justicia*”⁶.

6 REPÚBLICA DE COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia T 264 de 2009.

En la sentencia T-429 de 2011, se impetró acción de tutela en contra de la Sección Tercera del Consejo de Estado, toda vez que en un proceso de reparación directa, a pesar de confirmarse por esta Sección en segunda instancia que el peticionario tenía el derecho a ser indemnizado no se incluyó en la parte resolutive del fallo el nombre del mismo como una de las personas a la cuales se debía indemnizar y, el órgano de cierre en lo contencioso administrativo, negó la aclaración o adición de la sentencia por encontrarse la solicitud por fuera de término.

La Corte Constitucional, una vez reiterada la jurisprudencia respecto del defecto procedimental por exceso de ritual manifiesto, consideró que debía ampararse el derecho al acceso a la administración de justicia y la justicia material, tras señalar que el Consejo de Estado interpretó de manera rigurosa y formal los artículos 309 y 311 del Código de Procedimiento Civil vigente en ese momento, sin tener en cuenta que el accionante se encontraba en una situación particular, por ser víctima del conflicto y por las condiciones de orden público, además, por dedicarse a las labores del campo, no tener capacidad económica ni alto nivel educativo, vivir a distancia larga de donde se desarrolló el proceso, el cual duró casi 18 años y, mayormente, porque a lo largo de la parte considerativa de la sentencia se le reconocía el derecho pero no se hizo uso del artículo 310 del C. de P.C. que permitía corregir de oficio o a petición de parte los errores en la parte resolutive por omisión o alteración de palabras.

3.3. EL DEFECTO POR EXCESO DE RITUAL MANIFIESTO EN RELACIÓN AL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO. LA TUTELA COMO MECANISMO DE DEFENSA

Definido el concepto de defecto por exceso de ritual manifiesto, y establecido que la aplicación del principio de las formas propias de cada juicio, debe ser la directriz que ordene el actuar corriente de los jueces, es extraordinariamente que la justicia material, impone la inaplicación o la inobservancia por parte del juez, de formas procesales que pueden dar al traste con el derecho sustancial en debate.

Es en virtud de esa característica de excepcional que ya había sido mencionada, por la cual, la jurisprudencia constitucional es rigurosa y exige que además de verificar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, también debe comprobarse la observancia de los siguientes requisitos específicos cuando se invoca la conformación de un defecto procedimental por exceso ritual manifiesto:

- a. La imposibilidad de corregir la irregularidad por alguna otra vía, por la subsidiariedad de la tutela.

- b. *El defecto procesal debe determinar directamente la decisión del fallo que se acusa de ser vulneratorio de los derechos fundamentales.*
- c. *La anomalía debió alegarse dentro del proceso ordinario, excepto en caso de imposibilidad por las circunstancias del caso concreto.*
- d. *“Y finalmente a consecuencia de las anteriores circunstancias se produce la vulneración de los derechos fundamentales (Corte Constitucional. Sentencia T-264 de 2009).*

Es cumpliendo el test anterior en sede de tutela que la Corte Constitucional llega a concluir que otra autoridad judicial,

...no tuvo en cuenta que el derecho procesal es un medio para la realización de los derechos subjetivos de los ciudadanos; renunció conscientemente a la verdad jurídica objetiva sin tomar en consideración los hechos probados dentro del plenario, así como las circunstancias particulares del actor; pretendió aplicar de manera rígida y ciega el procedimiento establecido en los artículos 309 y 311 del Código de Procedimiento Civil, aún cuando la consecuencia de su proceder significara la vulneración del derecho fundamental del actor al acceso a la administración de justicia y del principio de la justicia material. (Corte Constitucional. Sentencia T 429 de 2011.)

Es en virtud de una conclusión como la citada, que se convalida el mecanismo de amparo constitucional, que a su vez materializa el Estado Social de Derecho, establecido en la Constitución Nacional de 1991, al poner al alcance del ciudadano el derecho sustancial, a partir de reglas procedimentales producto de la interpretación jurisprudencial⁷, que sin incurrir en la evitable arbitrariedad judicial e inseguridad jurídica, además re-significan y legitiman al funcionario judicial.

CONCLUSIONES

A nivel general se puede concluir que el defecto de procedimiento por exceso de ritual manifiesto como causal para la procedencia de la acción de tutela, se origina en que el juez no obedece el precepto constitucional de dar prevalencia al derecho sustancial, escenario en el cual se deniega o vulnera el derecho al acceso a la administración de justicia.

7 Respecto de la creación de reglas procedimentales fruto de la jurisprudencia, sería necesario concebir el derecho procesal, bajo la postura de las formas procesales “elásticas” (ver AGUDELO RAMÍREZ, Martín, El debido proceso. Ob. Cit, p. 97) y es en este sentido que el cómo, cuándo y dónde deben adecuarse a cada momento histórico, y a cada caso en particular.

Se concluye que si bien las formas procesales, como elemento constitutivo e imprescindible del debido proceso en la generalidad de los casos están establecidas como instrumento para garantizar los derechos de los ciudadanos, para organizar el proceso y que así se alcance una decisión justa, sin embargo, el mismo debido proceso en eventos particularísimos puede evidenciarse vulnerado cuando aún habiéndose cumplido con las formalidades propias del proceso, se desconoció el derecho sustancial de manera flagrante, no se alcanzó la justicia material y por lo tanto lo que se obtuvo fue una providencia arbitraria, por acatar ritualismos de manera rigurosa.

La tutela para el caso del defecto de procedimiento funciona como remedio a la violación del derecho fundamental al debido proceso y al acceso a la administración de justicia, no solo en los casos en que no se cumplió una forma imprescindible, que es el llamado defecto de procedimiento absoluto, sino también cuando formalmente se cumplieron con todos los procedimientos, términos y etapas procesales establecidas legalmente, pero se vulneraron los derechos fundamentales, porque el juez actuó de manera arbitraria al desconocer el derecho sustancial que de manera evidente aparece en cabeza de quien lo reclama, o porque en la aplicación de normas procesales prefiere la que desconoce ese derecho sustancial evidenciado.

Finalmente, en apariencia existe una tensión entre la seguridad jurídica que proporcionan las formas procesales, cuando estas se tornan en formalismos inadecuados para los casos en concreto, y la prevalencia del derecho sustancial, pero esto sucede en eventos excepcionales, en los cuales en virtud del respeto a los derechos fundamentales como pilar del Estado Social de Derecho, se debe privilegiar el derecho sustancial sobre las formas que en esa precisa situación dejan de ser instrumento para alcanzar la justicia material.

BIBLIOGRAFÍA

AGUDELO RAMÍREZ, Martín. El proceso jurisdiccional. Bogotá: Comlibros, 2007.

----- El debido proceso. *En*: Opinión Jurídica. Enero- Junio, 2005, vol. 4, no. 7, p. 89-105.

----- Filosofía del derecho procesal. Bogotá: Editorial Leyer, 2006.

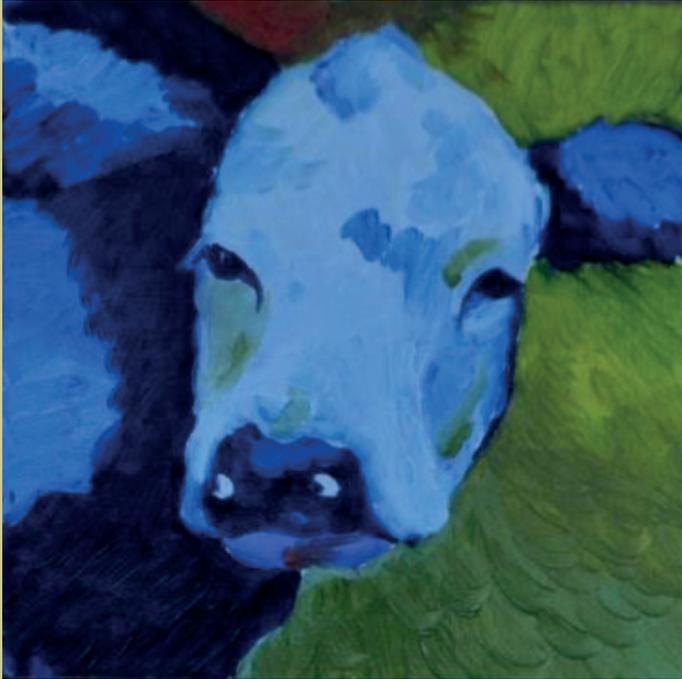
ALSINA, Hugo. Las nulidades en el proceso civil concepto y función de las formas procesales. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2006.

BOTERO MARINO, Catalina. "La tutela contra providencias judiciales" *En*: CEPEDA, Manuel José, MONTEALEGRE L. Eduardo (directores del proyecto). Teoría cons-

- titucional y políticas públicas. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. P. 199 – 292.
- CARNELUTTI, Francesco, Sistema de Derecho Procesal Civil, Buenos Aires: UTEHA, 1944.
- CLARIÁ OLMEDO, Jorge. Derecho Procesal: Conceptos fundamentales. Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1982.
- MORALES MOLINA, Hernando. Curso de derecho procesal civil. Sexta edición. Bogotá: Editorial ABC, 1973.
- OLIVEIRA, Álvaro, *Do Formalismo no processo civil, passim* Traducción de Renzo I. Cavani Brain, El formalismo valorativo frente al formalismo excesivo. 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2010.
- PUPPIO, Vicente. Teoría General del Proceso. Caracas: Universidad Católica Andrés Bello, 2008.
- QUINTERO DE PRIETO, Beatriz. El debido proceso. En: Temas Procesales. Octubre, 1997, no. 21, p. 5-39
- Corte Constitucional Colombia. Sentencia T-283 (1994)
- _____ . Sentencia T-452 (1994)
- _____ . Sentencia T 668 (1997)
- _____ . Sentencia T 008 (1998)
- _____ . Sentencia T-267 (2000)
- _____ . Sentencia T 1180 (2001)
- _____ . Sentencia C-252 (2001)
- _____ . Sentencia T-1306 (2001)
- _____ . SU 159 (2002)
- _____ . Sentencia T-1123 (2002)
- _____ . Sentencia T-950 (2003)
- _____ . Sentencia T-231 (2004)
- _____ . Sentencia T-289 (2005)
- _____ . Sentencia T-613 (2005)
- _____ . Sentencia T-1091 (2008)
- _____ . Sentencia T-264 (2009)
- _____ . Sentencia T-599 (2009)
- _____ . Sentencia T-386 (2010)
- _____ . Sentencia T-429 (2011)

FERNÁNDEZ PELLO, Valeria. Sentencias arbitrarias por incongruencia. Defecto en la consideración de extremos conductentes. Seminario de Derecho Constitucional Universidad del Salvador Año 1999, Recuperado el 1° de septiembre de 2012, del sitio web <http://www.salvador.edu.ar/pello.htm#Causales%20de%20arbitrariedad%20seg%3%BA%20Genaro%20Carrio>

VERA EZCURRA, María Eugenia, Sentencia arbitraria por exceso ritual manifiesto, según la jurisprudencia de la Corte Suprema De Justicia de la Nación Argentina. Recuperado el 1° de septiembre de 2012, del sitio web [http://www.salvador.edu.ar/ritual.htm#SENTENCIA ARBITRARIA. ÁMBITO DE APLICACIÓN. NATURALEZA.S.F.](http://www.salvador.edu.ar/ritual.htm#SENTENCIA%20ARBITRARIA.%20ÁMBITO%20DE%20APLICACIÓN.%20NATURALEZA.S.F.)



Título: Amor

Técnica: Acrílico sobre madera

Dimensión: 10 x 10 cm

Año. 2012

***¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO:
SISTEMA CONCEPTUAL, FORMA
DE VIDA O METAFILOSOFÍA?***

Fecha de recepción: marzo 5 de 2014

Fecha de aprobación: junio 10 de 2014

¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: SISTEMA CONCEPTUAL, FORMA DE VIDA O METAFILOSOFÍA?*

*Juan Pablo Posada Garcés***

RESUMEN:

En el presente trabajo se pretenden mostrar tres posibles formas de lo que se entiende por Filosofía del Derecho. En primer lugar la posición constructivista, en esta el filósofo del derecho tiene con función crear conceptos para pensar las valoraciones jurídicas de las conductas normadas y el lenguaje en el cual se presentan esas valoraciones.

Por otra parte de se puede concebir la Filosofía del Derecho como forma de vida, en esta se busca la transformación del ser, no ya desde una perspectiva dogmática religiosa, sino como una transformación del quehacer cotidiano.

Finalmente, la filosofía del derecho como un metalenguaje con un origen histórico determinado y una función de legitimación e implantación de ciertos sistemas normativos; pero que soslaya ciertos problemas filosóficos de gran importancia en la discusión política actual.

Palabras clave: filosofía, sistema conceptual, metafilosofía, forma de vida,

WHAT IS THE LEGAL PHILOSOPHY: CONCEPTUAL SYSTEM, WAY OF LIFE OR META-PHILOSOPHY?

ABSTRACT

This work tries to show three possible ways to understand the legal philosophy. In first place, the constructivist view in this one the legal philosopher creates concepts about the legal valuations of the normed conducts and the language in which are presented this valuations.

By other way the legal philosophy how a way of life, in this one, belongs for a transformation of the being, not in a religious or dogmatic mode, it's a change of the everyday.

Finally, the legal philosophy like a metalanguage, with a historic and determined origin and the task to legitimate some normative systems but hiding some philosophical problems of big matter in the political actual discussion.

Keywords: Philosophy, conceptual system, metaphilosophy, way of life.

* Artículo de reflexión

** Abogado titulado U de M. Especialista en Lógica y Filosofía Universidad Eafit. Magister en Estudios Humanísticos Universidad Eafit. Profesor de tiempo completo y coordinador del área Humano-Social en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Fundación Universitaria Luis Amigó. Autor de ensayos en diversas revistas indexadas y coautor del texto *Del saber de la genealogía a la moral del poder. De Nietzsche a Foucault (y viceversa...)*. Medellín: Editorial L' Vieco e hijas, 2008.

¿QUÉ ES LA FILOSOFÍA DEL DERECHO: SISTEMA CONCEPTUAL, FORMA DE VIDA O METAFILOSOFÍA?

*P*ero cuanto más se enfrenta la filosofía a unos rivales insolentes y bobos, cuanto más se encuentra con ellos en su propio seno, más animosa se siente para cumplir la tarea, crear conceptos, que son aerolitos más que mercancías.

Es presa de ataques de risa incontrolables que enjugan sus lágrimas. Así pues, el asunto de la filosofía es el punto singular en el que el concepto y la creación se relacionan el uno con la otra. Deleuze-Guattari.

La filosofía no es una construcción de sistema, sino la resolución, tomada de una vez, de mirar ingenuamente en sí y en torno a sí. Henri Bergson.

La misión de la filosofía: perjudicar a la necesidad. Friedrich Nietzsche.

Hay dos clases de seres que no filosofan: los dioses y sabios, porque precisamente son sabios, y los insensatos, porque creen ser sabios. Pierre Hadot.

INTRODUCCIÓN

Como el título del presente escrito así lo sugiere, este tiene por objeto, en primera instancia, dilucidar el carácter filosófico de la autodenominada filosofía del derecho: esa especie de pavo real que descuellosamente en nuestras instituciones educativas. Como sabemos, la filosofía es una disciplina que ostenta la potencia para reflexionar incluso por su propio estatuto ontológico y práctico. Para decirlo sucintamente, la filosofía se piensa a sí misma, puesto que se contempla, a veces de forma narcisista, en el espejo de la reflexión. Esperamos dejar, sin embargo, algo más que algunas flores a las orillas del triste lago del pensamiento filosófico actual. Pero, retomando, digamos que si esto es válido para el todo filosófico -hablamos del asunto de la reflexión- con mayor razón lo ha de ser para la parcela iusfilosófica, esa advenediza y harto sospechosa disciplina que ha crecido a la sombra de los currículos académicos, de las necesidades ideológicas y de ciertos órdenes jurídicos de inexorable sello político.

Por tanto, en una segunda instancia, o en un segundo nivel, mejor, este ensayo propugnará por esclarecer las implicaciones prácticas y vitales de *jugársela* por alguna de las opciones posibles del quehacer filosófico, esto es, por un *estilo* filosófico que privilegie el discurso (y la consecuente construcción de sistemas y/o

de conceptos), que es consecuente con una forma particular de vida (la cual, a la manera antigua, ejercita el espíritu para la búsqueda de la sabiduría) o por una actividad metafilosófica (a medio camino entre las dos anteriores, como forma de lograr la comprensión, a partir de conceptos, de una filosofía práctica y vital que se filtra en las normas, las conductas y las prácticas jurídicas).

Finalmente, llegaremos a una conclusión que intenta tipificar las tres versiones posibles del filósofo del derecho: el sofista-constructor, el filósofo [del derecho] en sí y el académico-indigente. Es aquí, precisamente, donde radica la importancia de esta reflexión: como en la Grecia antigua –hecho patente en la obra de Platón- hoy más que nunca tenemos necesidad de distinguir el hacer que distingue al verdadero filósofo [del derecho], (aquel que, o bien *crea* conceptos para pensar el derecho o bien hace del derecho mismo, con sus principios y sus apuestas éticas, una forma particular de vivir), distinguirlo, decíamos, del simple sofista [del derecho] (aquel que construye sistemas que carecen de aplicación, es decir, de la potencia para transformar el espíritu humano en su relación con la cotidianidad) y, finalmente, del académico (simple parásito comentarista y citador de los conceptos ajenos). En la medida en que, como decía Nietzsche, “no existe el ser sino el hacer” (1972: 52), serán estas tres versiones del “filósofo” [del derecho] las que servirán, en última instancia, para caracterizar qué es o qué puede ser una filosofía de ese talante.

1. LA FILOSOFÍA [DEL DERECHO] COMO CONSTRUCCIÓN DE CONCEPTOS

Afirmar que la filosofía [del derecho] es la disciplina que se encarga de crear conceptos para pensar un fenómeno determinado, sea jurídico o no, es equivalente a asumir la posición constructivista de Deleuze-Guattari en *¿Qué es la filosofía?* Este par de autores franceses, filósofo de escuela el primero y psicoanalista el segundo, conciben la filosofía –según lo hemos dicho ya- como una disciplina encargada de crear conceptos, conceptos que, a su vez, están llamados a convertirse en amigos (*philein*) del filósofo. En efecto, “[...] la filosofía es el arte de formar, de inventar, de fabricar conceptos” (2005: 8).

Desde esta perspectiva, se entiende que el filósofo es un especialista en conceptos, y, a falta de estos, sabe o puede determinar cuáles son in-viables, arbitrarios o in-consistentes, es decir, cuáles de ellos pueden o no resistir un solo instante los embates del pensamiento, sea porque están bien concebidos o porque ponen de manifiesto un verdadero trabajo de creación.

En este sentido, la filosofía se opone a la contemplación, a la reflexión, a la comunicación; y si la filosofía no contempla, no reflexiona, no comunica, ello no implica que carezca de conceptos para dar cuenta y anclar el pensamiento alrededor de las acciones y pasiones consistentes, a su vez, en contemplar, reflexionar, comunicar, sufrir, angustiarse o tener una experiencia espiritual.

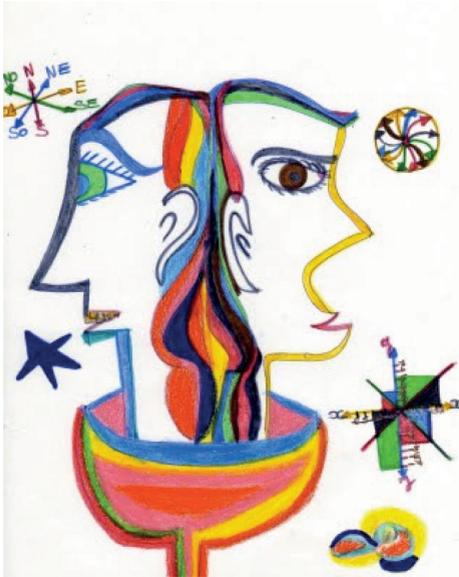
Al mismo tiempo los conceptos, en tanto creaciones, son singulares; constituyen una singularidad que va acompañada de la rúbrica propia de un filósofo en particular. De allí que vengan con la firma de Aristóteles (*sustancia*), Descartes (*cogito*), Leibniz (*mónada*), Kant (*condición*), Nietzsche (*eterno retorno*), Bergson (*tiempo*), o, en el caso de la filosofía del derecho, con las rúbricas de Kelsen (*norma fundamental*), Hart (*norma de reconocimiento*), Dworkin (*hard case*), Bobbio (*filosofía del derecho de los juristas, o filosofía del derecho de los filósofos*), Habermas (*facticidad, validez*), etc.

Ahora bien, si desde esta perspectiva la filosofía es la disciplina que crea el concepto, entonces ¿cuándo estaremos frente a una filosofía del derecho en sentido constructivista? Parece que no existiese tema jurídico en el que el espinoso problema ontológico del derecho no deje de insistir y de obsesionarse. Sin embargo, ¿Qué puede ser el derecho sino una *juridificación* de las conductas, juridificación esta siempre *a posteriori*, siempre producto de valoraciones previas? El derecho no puede ser pensado como un objeto con existencia independiente del hacer de una cultura que valora jurídicamente y que se expresa mediante un lenguaje que enuncia, normativamente hablando, esas valoraciones. En este sentido, estaremos frente a una filosofía del derecho única y exclusivamente cuando el filósofo [del derecho] crea conceptos para pensar las valoraciones jurídicas (variante axiológica), las conductas normadas o que normativizan algo (variante sociológica) y/o el lenguaje en que se expresan esas valoraciones (variante normativista allegada a la filosofía del lenguaje [filosofía analítica]). Entonces, como dice Nietzsche,

Los filósofos [del derecho] ya no deben darse por satisfechos con aceptar los conceptos que se les dan para limitarse a limpiarlos y a darles lustre, sino que tienen que empezar por fabricarlos, crearlos, plantearlos y convencer a los hombres de que recurran a ellos. Hasta ahora, en resumidas cuentas, cada cual confiaba en sus conceptos como en una dote milagrosa procedente de algún mundo igual de milagroso. Deleuze-Guattari (2005: 11)

Desde esta perspectiva, en consecuencia, es perfectamente posible encontrar filosofía [del derecho] en autores de todos los tiempos y latitudes (aun cuando no sean *especialistas* iuslógicos) siempre y cuando se hayan dado a la tarea de *crear* conceptos que permitan al pensamiento huir del caos y anclarlo a un plano de inmanencia en el cual existen normas, conductas en relación con esas normas y valores que

expresan o que traducen esas normas. Por el carácter fragmentario de los conceptos así creados, y por la proximidad discursiva y práctica entre los saberes, a veces es muy difícil disociar la filosofía del derecho de la filosofía política, moral o ética, sobre todo en la Modernidad, ambiente de pensamiento en el cual, de manera hartamente, paradójica y arbitraria, se han disociado las formas de vida inherentes a una filosofía en particular para privilegiar el mero discurso.



Caricatura del dios Jano

recurrir a la imagen del rostro del dios romano Jano, con su plena capacidad de mirar en la dirección de la facticidad desde la validez y de mirar a la validez desde la facticidad. Veamos ahora cómo la filosofía [del derecho] puede constituirse en una forma de vida.

Finalmente, en este aparte, vamos a ilustrar la forma de *contemplar* o de hacer pedagogía del concepto filosófico [jurídico]; esta contemplación se agota en la descripción del plano de inmanencia conceptual creado por el filósofo [del derecho]. Pensemos, por ejemplo, en los elementos de *facticidad* y *validez* de Habermas. Entre estos, el concepto de *derecho* funge como elemento gozne y como puente que permite el enlace, pues posee ambas dimensiones: la dimensión fáctica queda condicionada social e históricamente, en tanto que la validez, condicionante de la legitimidad, se vincula con principios [teóricamente] *universales*. Si fuésemos a describir este concepto habermasiano de *derecho*, bien podríamos

2. LA FILOSOFÍA [DEL DERECHO] COMO FORMA DE VIDA

La otra postura acerca del ser de la filosofía es la que abandera actualmente Pierre Hadot. El filósofo e historiador de la filosofía, de origen francés, hace énfasis en el hecho por el cual reflexionamos muy pocas veces en aquello que es, en sí, la filosofía; y advierte, con justa razón, que es extremadamente difícil definirla. Y es que, según argumenta, a los estudiantes de filosofía [del derecho] se les hacen conocer, por encima de cualquier cosa, *las filosofías [del derecho]*. Inicialmente no hay nada que censurar en ello: por lo visto, únicamente estudiando las filosofías [del derecho] se puede tener

una idea de aquello que la filosofía [del derecho] es. No obstante, la agudeza de Hadot nos revela que:

[...] la historia de la 'filosofía' no se confunde con la historia de las filosofías, si por 'filosofías' comprendemos los discursos teóricos y los sistemas de los filósofos. Al lado de esta historia [y he aquí lo trascendental para Pierre Hadot], hay lugar en realidad para un estudio de los comportamientos y de la vida de los filósofos. (1998:11)

La reflexión de Hadot toma por modelo la filosofía de la Antigüedad. En efecto, el filósofo hace notar el hecho por el cual si aún hoy hablamos de "filosofía" es debido a que los griegos inventaron la palabra *philosophia* (Φιλοσοφία), que significa *amor a la sabiduría*, y además porque la tradición se difundió a la Edad Media y luego a los tiempos modernos. Sin embargo, existe una profunda diferencia entre la representación que los antiguos se hacían de la *philosophia* y la que habitualmente nos hacemos ya en nuestros días. En primer lugar, es de destacar el carácter *protéptico* de la filosofía antigua, esto es, su particular y feliz manera de volver, de obstinarse. Pero, en segundo, no solo los aficionados, si no también, y aún con mayor razón, los estudiantes y profesores de filosofía tienen la impresión de tener a todos los filósofos que han estudiado por individuos afanados en inventar –cada uno a su manera particular– una nueva construcción de un sistema abstracto, destinado a explicar el universo o algún discurso acerca del lenguaje (esto último sobre todo en tratándose de los filósofos contemporáneos).

En realidad, Pierre Hadot concibe la filosofía como una forma de vida, siendo "la forma de vida filosófica [...] el comportamiento del filósofo en la vida cotidiana" (Hadot, 2009: 151). El filósofo es alguien que vive filosóficamente, lo que implica que, para tal fin, debe realizar asiduamente un conjunto ya diferenciado de ejercicios espirituales, es decir, de ejercicios que, lejos de pertenecer a una dogmática de carácter religiosa, buscan operar la transformación completa del ser. Este hecho no implica simplemente que en la filosofía antigua el discurso filosófico careciese de importancia; era simplemente un medio para operar la transformación del *hacer* cotidiano, y no un fin en sí mismo como parecer ser el estilo vinculante de hacer filosofía en los aciagos tiempos que corr[o]en (valga la aliteración).

[...] siempre se ha insistido en el hecho de que el verdadero filósofo no es aquel que habla, sino aquel que actúa [...]. Cuando se decía que la filosofía no era el discurso en esta vida filosófica, por la simple razón de que hacía falta ya al menos un discurso interior para actuar sobre uno mismo. En el fondo se podría hablar de la filosofía como de una elipse, que tiene dos polos: un polo de discurso y un polo de acción, exterior pero también interior, ya que la filosofía en oposición al discurso filosófico es también un esfuerzo por ponerse en determinadas disposiciones interiores.

Pues bien, el modelo de la vida filosófica está dado por la Antigüedad clásica, pues los dos polos a los que se refiere Hadot aparecen claramente en dos fenómenos sociales diferentes: el discurso filosófico aparece en estrecha correspondencia con la enseñanza escolar; la vida filosófica, por su parte, con la comunidad de vida institucional que implica un determinado género de vida que gira, para la búsqueda de la sabiduría, alrededor de ciertas prácticas espirituales: la dirección espiritual, el examen de conciencia, los ejercicios de meditación, la concentración en el momento presente, la práctica del sentido de la muerte, etc. Téngase particularmente en cuenta que, para su relación con lo político-jurídico, todas estas prácticas llevaban implícitas una forma de vivir del filósofo antiguo en tanto y cuanto *ciudadano*.

Para caracterizar esta forma de vida filosófica digamos lo siguiente: la manera de vivir del filósofo cínico era un retorno a la naturaleza no civilizada; la actitud de los platónicos estaba signada por una preocupación por ejercer una marcada influencia política, pero dirigida por las normas del ideal platónico. También podemos diferenciar la tradición socrática; la voluntad de discutir según el método de las preguntas y respuestas. Estaba el platonismo como movimiento de separación del cuerpo y del alma; la tradición aristotélica basada en la contemplación de las cosas, la física como ejercicio espiritual, la toma de conciencia y el carácter puramente desinteresado de la ciencia. Tenemos también a los epicúreos con su ascesis de los deseos, de acuerdo con la consigna según la cual había que limitar los deseos a lo absolutamente necesario para ser feliz, excluyendo por tanto cualquier preocupación por la acción política. Estaban finalmente los estoicos (famosos por tener manuales para saber cómo debían comportarse en todas las circunstancias de la vida) y los escépticos (cuya única regla de conducta que admitían era la obediencia a las leyes y a las costumbres de la ciudad, pero negándose a juzgar, pues era imperioso para ellos suspender el juicio, encontrando así la tranquilidad del alma).

Desde esta perspectiva, entonces, debemos negar que estemos frente a una filosofía del derecho en la Antigüedad. Es cierto que las escuelas necesitaban algunos conceptos políticos para precisar el papel de sus miembros en la ciudad, y es cierto también que los sofistas (aquellos que disociaban el discurso y la práctica) hicieron una gran contribución a la elocuencia y a la retórica forense, pero de ahí a afirmar que creaban sistemas teóricos para pensar el fenómeno jurídico en sí, como en nuestros días, hay un gran trecho

La tradición filosófica de la Antigüedad legará la figura de Sócrates como modelo de la vida filosófica para cualquier parcela de la misma incluida la relación con el Derecho. En efecto, el Sócrates de Platón, en el *Banquete*, tal como lo percibieron Kierkegaard y Nietzsche, “[...] ha desempeñado un papel fundamental en nuestra tradición occidental, e incluso en el nacimiento del pensamiento contemporáneo”



The trunkene Silenos. En: <http://www.art-wallpaper.com>

(Hadot, 2008[b]: 10.). ¿Y cuáles son esas características de Sócrates que lo convierten en modelo filosófico? Pues bien, Sócrates es Sileno, es Eros, es Dionisio.

En el primer aspecto, Sócrates es Sileno, como la filosofía misma, es decir, es una figura desconcertante, ambigua, inquietante. El Sócrates del *Banquete* de Platón se asemeja a un Sileno, y Silenos y Sátiros aparecían comúnmente

en las representaciones populares de los demonios híbridos, medio animales medio humanos.

En este sentido los Silenos representan al ser puramente natural, negación de la cultura, bufonada grotesca y licencia de lo meramente instintivo. De la fealdad al disimulo hay solo un paso, así como de este a la ironía. De este proceder surge, en consecuencia, el *logoi sokratikoi*, pues, eterno interrogador, Sócrates, con sus habilidosas preguntas, conducía a sus interlocutores al reconocimiento de su propia y profunda ignorancia, infundiendo en ellos una confusión tal que, incluso en ocasiones, acababan cuestionando la totalidad de su vida.

Pero Sócrates es también Eros. En primer lugar es preciso aclarar, en este punto, que, en contra de lo que piensa la mayoría, la figura de Eros no es la de un dios, sino sólo la de un *daimon*, es decir, la de un ser que habita un terreno intermedio entre los dioses y los hombres. Como Eros, Sócrates, y con él la filosofía, es a la vez un mendigo y un soldado. Es también fértil en inventivas, brujo, mago, habilidoso y charlatán, pues todos sabemos que el amor aviva el ingenio. Como Eros, la filosofía anda descalza, es pobre, brusca e indecente.

He aquí, pues, un retrato de Sócrates-Eros no muy halagador. Claro está, nos encontramos en pleno corazón de la ironía platónica, por no decir socrática. Pero esta figura también presenta un profundo significado psicológico (p. 62.)

Y es que la condición de Eros se corresponde con la condición del filósofo como enamorado de la sabiduría. En efecto, Sócrates es *atopos* (carece de lugar). Deseo de alcanzar cierto estado del Ser, el de la perfección de los dioses –perfección



<http://ectoplasmatica.blogspot.com/2012/>

del lenguaje. De hecho, en tratándose de la obra de Platón, y como bien lo afirma Schaerer, “[...] el diálogo platónico no dice todo, no dice lo que son las Normas, no dice lo que son las Formas, ni la Razón, ni el Bien, ni la Belleza: todo esto es inexpressable en el lenguaje e inaccesible a toda definición” (Hadot, 1998: 88)

Finalmente, Sócrates, esa alegoría de la filosofía, es Dionisio. Se trata de un retrato de Sócrates-Dionisio como director de almas con poder demoníaco. Genio del corazón nacido para encantar las ratas de la consciencia, cuya voz desciende hasta lo subterráneo de cada alma. Se trata de un genio del corazón que sabe imponer silencio a los doctores charlatanes y a los togados vanidosos, y les enseña, por fin, a escuchar y a acallar la autoobsesión.

3. LA FILOSOFÍA DEL DERECHO COMO METAFILOSOFÍA

Este asunto disyuntivo entre la forma de vida o el discurso que surge a partir de la creación de conceptos, sin lugar a dudas concierne a la filosofía del derecho propiamente dicha, y esto por dos razones: primero porque las escuelas filosóficas antiguas incidieron directamente en las concepciones, el ejercicio y la promulgación

que hasta un autor ateo e inmoralista como Nietzsche pretendió encontrar en el devenir espiritual de su personaje *Zarathustra*- introdujo en la filosofía la dimensión del Amor, del deseo y de lo irracional.

Este elemento erótico de la filosofía se relaciona íntimamente con el movimiento dialéctico. Efectivamente, el camino que recorren juntos Sócrates y su interlocutor, haciendo uso de una voluntad común de ponerse de acuerdo, constituyen ya, en sí, amor, y, valga reiterarlo, la filosofía [del derecho] consiste más en la realización consciente de ese ejercicio espiritual inmerso en el diálogo erótico-socrático que en la voluntad de construir un sistema.

Por eso no es de extrañar que la filosofía se tope permanentemente con los límites

del derecho, y, en última instancia, porque a partir de la Edad Media, y con mayor razón en la Modernidad, comenzó a privilegiarse, en sí, el discurso iusfilosófico. Esto último dará por resultado que nuestro tiempo filosófico-jurídico esté dominado por sistemas de pensamiento que intentan dar cuenta de la juridicidad como un todo.

Para comenzar, es importante señalar que hablar de filosofía del derecho en la Antigüedad es hacer una descarada extrapolación de nuestra filosofía actual, basada en el discurso, hacia unas escuelas que, como tuvimos la oportunidad de apreciar, buscaban hacer realizable el modo de vida filosófico. En efecto, es válido afirmar que un estoico como Marco Aurelio, emperador romano en el segundo siglo a.C., afirmase que el primer deber del emperador era ocuparse de los detalles inherentes al cuidado de los ciudadanos, de los abusos de los funcionarios del Estado o de los errores judiciales, por ejemplo, o que la legislación promulgada durante su mandato daba testimonio de la preocupación que experimentaba respecto de la liberación de los esclavos, y otra muy distinta decir de él que era un iusfilósofo, como descaradamente lo diría cualquiera de nuestros venerados manuales de filosofía del derecho; era un estoico y como tal estaba preocupado por vivir según los preceptos de su escuela. Lo mismo puede afirmarse de Platón, Aristóteles, Cicerón, Séneca, Plotino, Diógenes “el cínico” o cualquier otro filósofo de la Antigüedad. Realmente los ejemplos pueden multiplicarse con prodigalidad: en el siglo III antes de nuestra era, el rey espartano Cleómenes fue inspirado en sus reformas por el estoico Esfero, asegurando así la igualdad absoluta entre los ciudadanos, ¿era por tanto un iusfilósofo? En el siglo II antes de nuestra era, las célebres reformas agrarias de los Gracos se elaboran en un medio estoico, el de la familia Escévola, y también bajo la influencia de Blosio, y estaban inspiradas en la compasión hacia la miseria, ¿eran por tanto iusfilósofos? Es cierto que tanto el Sócrates platónico como en general los estoicos reflexionaron sobre el deber de cumplir las leyes de la ciudad, pero ¿nos autoriza esto a extrapolar nuestro moderno concepto de filosofía del derecho hasta la Antigüedad? Realmente no, o al menos no si no albergásemos la intención manifiesta de disociar aquello que los antiguos no disociaban: el concepto (el discurso) y una particular forma de vivir.

Sabemos que los antiguos reflexionaron discursivamente en tres planos: la moral, la física y la lógica, y que estas partes del discurso, inescindibles entre sí, tenían sentido única y exclusivamente si podían traducirse en una forma particular de afrontar la vida cotidiana. De hecho, es posible documentar, a partir de los autores cómicos, cómo veía la gente del común a los filósofos de las diversas escuelas:

[...] los platónicos eran considerados como orgullosos, y tenían las cejas arqueadas. Los epicúreos, por su parte, tenían fama de no comer nada [...] los estoicos se veían como gente exageradamente austera. Los únicos que no

se notaban eran los escépticos, porque eran conformistas. Este es el aspecto exterior visto por los autores cómicos (Hadot, 2009: 152.)

La filosofía del derecho, en consecuencia, es un fenómeno propio de la Modernidad. Ahora bien, ¿por qué es esto así? La respuesta es simple: al privilegiar el discurso, cierta forma de discurso por demás, la Modernidad presenció el oscurecimiento definitivo de la filosofía antigua. Para comenzar, es necesario afirmar que dicho oscurecimiento comenzó ya desde los primeros siglos de nuestra Era, cuando los cristianos, queriendo que el cristianismo apareciese como una filosofía, adoptaron en general la filosofía platónica, tintada a veces de estoicismo, porque era la única que todavía era muy poderosa en aquellos tiempos. De esa manera los ejercicios espirituales antiguos, como la ausencia de las pasiones y la indiferencia total hacia las cosas indiferentes, terminaron por confundirse con las mortificaciones, el ayuno extremo y todo aquello que servía para hacer la imitación ascética de la pasión de Cristo. Cualquier atisbo de reflexión político-jurídica cumplía con la función de legitimar el origen divino del derecho que promulgaban los reyes.

Lo cierto del caso es que la tradición de los ejercicios espirituales de la Antigüedad clásica quedó casi irremediabilmente ligada a la práctica ritualista de la religión cristiana, mientras la filosofía parecía surgir de nuevo a la sombra de un nuevo paradigma que hacía énfasis en la descripción del conocimiento científico. Así, mientras la Antigüedad reconocía tres tipos de *episteme*, relacionadas estrechamente con una forma de vida: la lógica, la ética y la física¹, como ya hemos dicho, la Modernidad temprana comienza a privilegiar una concepción unívoca del saber, concepción según la cual sólo se consideran científicos aquellos conocimientos que aplican el único método racional y riguroso, claro e indistinto: bien el que corresponde a las matemáticas o bien el propio de las ciencias experimentales². Es en este ambiente que surge la filosofía del derecho propiamente dicha.

La mutación del paradigma científico dará lugar, en la filosofía, a la creación de sistemas conceptuales que, para ese momento, permitiesen la estrecha perspec-

1 Sobre la física como ejercicio espiritual puede consultarse Hadot, 2006: 113 y sts. En especial cuando afirma: “[...] el método de definición <<física>> busca la eliminación del antropocentrismo, entendiendo aquí por <<antropocentrismo>> eso *humano, demasiado humano* que el hombre añade a las cosas en el momento de representárselas [...] Definir o dividir la cosa de manera puramente <<física>>, de manera a la parte puramente <<física>> de la filosofía, supone una sustitución del equivoco valor que la opinión humana le atribuía” (121 y 124).

2 Al respecto puede cotejarse Massini, 2007: 313 y sts., aunque estimamos necesario hacer una salvedad: no compartimos, por obvias razones, la asimilación que el jurista argentino hace de la filosofía Antigua como filosofía práctica de corte aristotélica. Si de clasificaciones se tratase, creemos que sería más acertado hablar de filosofía moral, o aun de filosofía espiritual (que busca la transformación del ser), para referirse a la filosofía antigua.

tiva de estudiar y de describir las cosas humanas. Así, por ejemplo, el subtítulo concebido por Hume para su *Tratado de la naturaleza humana: un intento por introducir el método experimental de razonar en cuestiones morales*. Es aquí cuando surge la filosofía del derecho en estricto e histórico sentido. En efecto, los teóricos de la Escuela del Derecho Natural (Grocio, Pufendorf, Domat, Burlamaqui, Wolf, entre otros) intentarían crear sistemas legislativos similares a sistemas matemáticos. Todo consistiría en reducir el derecho a fórmulas axiomáticas –*evidentes por sí mismas*– que sirviesen de base deductiva al resto de las proposiciones del sistema. Más que de conceptos se trataba de funciones o *functores*³ que se presentaban como proposiciones fundamentales dentro de unos sistemas discursivos. Y, por su parte, la filosofía realizaba la tarea residual de describir adecuadamente estos sistemas y de justificarlos desde el punto de vista lógico-formal.

La tarea de la filosofía del derecho, en consecuencia, consistió desde el inicio en la nada digna actividad de hacer una simple apologética del derecho vigente (primero natural y luego también positivo), y así, la creación de conceptos filosóficos, y con mayor razón la tradición antigua de los ejercicios espirituales, se convirtió, a la postre, en el ejercicio de una tarea metadiscursiva.

Desde entonces la filosofía del derecho moderna presenciaria el sucederse de unos registros de interpretación⁴ que se han ido colocando sucesivamente frente al texto legal, sea para hacer de éste una apología y una justificación desde el punto de vista lógico-formal (y separado por ello de una historia concreta, casi siempre ensangrentada -filosofía analítica o la teoría de la argumentación-), sea para propiciar o criticar la comprensión del texto sin preguntarse por el *quién* que legisla y por el *quién* que padece la legislación (hermenéutica), sea para hacer crítica u oposición desde el resentimiento de la dialéctica (marxismo o estudios sociológicos), o sea para tener en cuenta la posición biográfica de un destinatario que, simplemente, repite en sus acciones el contenido conductual de la norma jurídica –¡vaya humanismo!– (ciertas corrientes de la fenomenología existencial, la teoría de la comunicación, el escepticismo jurídico, etc.). Los registros pueden, sin embargo, multiplicarse indefinidamente y son colocados allí, arbitrariamente, por una voluntad de poder que acomete el trabajo de interpretación.

3 “El objeto de la ciencia no son conceptos, sino funciones que se presentan como proposiciones dentro de sistemas discursivos. Los elementos de estas proposiciones se llaman *functores*” (Deleuze-Guattari, *op. cit.*: 117).

4 El concepto de *registro* de interpretación es de Wolfgang Iser, para quien la interpretación es traducibilidad está compuesto de un registro, un texto y un espacio liminal que se abre entre ambos. “El registro al cual se vierte el tema se codifica de manera dual. Consiste en puntos de vista y suposiciones que dan el ángulo desde el cual se aborda el tema, pero al mismo tiempo delinea los parámetros a los cuales se va a traducir el tema en aras de la comprensión” (2005: 29).

Ahora bien, debemos distinguir una filosofía del derecho como práctica meta-discursiva que se coloca como registro del texto legal, dejándolo intocado en la filosofía que le es inmanente –porque toda legislación comporta un punto de vista y unas valoraciones políticas, morales, económicas y acerca de la vida misma-, de una filosofía que intente rescatar la apuestas filosóficas y vitales que dicho texto pretende hacer valer en la vida socioestatal. En ese sentido, y tomando como punto de partida la *Declaración de derechos*, Derrida endilga a la enseñanza del derecho la responsabilidad de transmitir la fuerza crítica, dotando al *ciudadano-filósofo* de las herramientas conceptuales necesarias para realizar el espíritu de dicha Declaración: resistir a la tiranía. En efecto,

La Declaración universal de los derechos del hombre compromete naturalmente a formar por la <<instrucción>> sujetos capaces de comprender la filosofía de esa Declaración y sacar de ella las fuerzas necesarias para <<resistir al despotismo>>. Estos sujetos filósofos deberían estar en condiciones de asumir el espíritu y la letra filosófica de la Declaración, a saber, una cierta filosofía del derecho natural, de la esencia del hombre que nace libre e igual en derecho a los demás hombres, esto es, también, una cierta filosofía del lenguaje, del signo, de la comunicación, del poder, de la justicia y del derecho. Esa filosofía tiene una historia, su genealogía es determinada, su fuerza crítica inmensa, pero sus límites dogmáticos no menos ciertos. El Estado [francés] debería hacerlo todo, y ha hecho mucho para enseñar esta filosofía, para convencer de ella a los ciudadanos: en primer lugar, por la escuela y a través de todos los procesos educativos, mucho más allá de la antigua <<clase de filosofía>> Derrida, 1990:24.

Si bien la posición de Derrida hace referencia a la posibilidad de resistirse a la tiranía, según el espíritu de la *Declaración*, esta podría ser generalizada si se tienen en cuenta grandes conceptos de la teoría jurídica que están insertos en la legislación y en sus principios, y los cuales parecen olvidados lamentablemente por la filosofía del derecho hoy. Y es que, en la pasión por los sistemas y por la función e integración de las normas (filosofía analítica) o por la comprensión de las mismas (hermenéutica), los presupuestos fundamentales del derecho –sin los cuales no podría operar sobre la realidad- han quedado relegados al olvido de la mirada filosófica: ¿por qué hablamos de *voluntad* como si se tratase de un concepto vacío y por qué no nos preocupamos en *formar* la autonomía de dicha voluntad en nuestros estudiantes? ¿Sin duda creemos que es más importante la *norma fundamental*? ¿Por qué hablamos de la libertad, y, de la misma manera, no hacemos nada para que nuestros estudiantes se liberen de sus propios condicionamientos y hábitos, de sus propias supersticiones? ¿Por qué los educamos en el miedo y el temor reverencial? ¿Sin duda estimamos que es más importante saber cuáles son las implicaciones lógicas de la *perinorma*, defender la plenitud del orden jurídico y tonterías como ésas!

¿Por qué no enseñamos a nuestros estudiantes a *vivir* el derecho? ¿Sin duda es más importante venderles una idea sofisticada de la argumentación, es decir, aquella que la convierte, no en un medio de formación, sino en un medio de poder! ¿Por qué no hablamos del miedo, de las pasiones, del ego, o del desprestigio de una profesión que da prestigio social? ¿Por qué no hablamos de los instintos que nos tornan injustos, egocéntricos, soberbios, materialistas e indolentes? Sin duda es mejor para un ego, que busca su propia satisfacción a como dé lugar, crear abstracciones y sistemas conceptuales que, frente a la realidad, son simples delirios.

En este sentido, no podemos compartir la expresión de Gandra según la cual “la filosofía [del derecho] no sirve para nada”, ni mucho menos la parodia de Gaviria a dicha expresión: “Si la filosofía no sirve para nada, bendita sea la inutilidad” (Acosta, 2012: 25.), pues, aunque alejen a la práctica filosófica del utilitarismo y el pragmatismo, lo alejan también del contacto que siempre debe tener la filosofía [del derecho] con la vida real del filósofo como amigo de la sabiduría. Lo que no sirve para nada, para nada sirve, es decir, carecer de potencia para transformar la vida de las personas y para acercarnos, un día a la vez, a la vivencia plena de los grandes ideales del derecho: la libertad, la autonomía de la voluntad y la justicia.

Este hecho lamentable –la disociación metadiscursiva entre el discurso y la práctica, signo esquizoide de la Modernidad, se produce por el peligro mortal que corren tanto la filosofía misma como la humanidad en su conjunto:

[Y éste radica en que] el discurso filosófico –que reviste una importancia fundamental para dar sentido a la vida humana- se convierta en mercancía y deje de expresar el pensamiento objetivo y la postura desinteresada del filósofo, para someterse a finalidades políticas o imperativos comerciales sean estos colectivos o individuales (Hadot: 2008[a]: 16.)

4. CONCLUSIÓN: DE SOFISTAS, FILÓSOFOS [DEL DERECHO] E INDIGENTES CONCEPTUALES

A estas alturas no aparece como gratuito el hecho por el cual la filosofía como construcción y la filosofía como forma de vida se encuentren en la figura emblemática de Nietzsche. En efecto, el encuentro de ambas posiciones en esa descollante y angustiada figura se debe al compromiso que el filósofo adquirió, a pesar de la enfermedad que día a día minaba sus facultades, con la vida misma, con ese “santo decir sí” a la vida y, obrando y pensando en consecuencia, con la deconstrucción de la metafísica, fundamento a la idolatría de los conceptos como entidades que describirían el mundo en su ser así y en sí (Nietzsche, 2000: 39-48.)

No debe pensarse, sin embargo, que estas dos posturas sobre la filosofía tengan una relación dialéctica o antitética; simplemente son perspectivas que poseen presupuestos ontológicos diferentes. La posición de Hadot, de hecho, es una posición completamente limpia de metafísica, pues de lo que se trata en ella es de celebrar la forma de vida filosófica como medio para lograr un *optimum* vital. Aquí, la filosofía cumple con la función de transformar de la percepción del mundo y plantear radicalmente la oposición entre la vida cotidiana –esa semiinconsciencia de automatismos y de hábitos- y los estados privilegiados en los que vivimos intensamente y tenemos conciencia de nuestro ser-en-el-mundo. En cambio, la posición de Deleuze-Guattari se asienta más en una salida metafísica que, al renunciar completamente a la posibilidad de dar cuenta del ser de la filosofía, encuentra en la estética –en la *construcción*- la razón de ser esencial de toda práctica filosófica.

Vemos por lo menos lo que la filosofía no es: no es contemplación, ni reflexión, ni comunicación, incluso a pesar de que haya podido creer tanto una cosa como otra, en razón de la capacidad que tiene cualquier disciplina de engendrar sus propias ilusiones y de ocultarse detrás de una bruma que desprende con este fin. No es contemplación, pues las contemplaciones son las propias cosas en tanto que consideradas en la creación de sus propios conceptos. No es reflexión porque nadie necesita filosofía alguna para reflexionar sobre cualquier cosa [...] Y la filosofía no encuentra amparo último de ningún tipo en la comunicación, que en potencia sólo versa sobre opiniones, para crear <<consenso>> y no concepto. (Deleuze-Guattari, p. 12)

Desligados un poco del elemento normativo, muchos teóricos contemporáneos han intentado dar cuenta de los procesos comunicativos, narrativos, argumentativos y hermenéuticos que podrían caracterizar el hacer propio de los jueces. Hemos visto, entonces, como si de Babel se tratase, el pulular de nuevos sistemas y nuevos conceptos iusfilosóficos.

Esto sucede porque la filosofía-jurídica, desde un comienzo, arrancó mal; nació como un árbol torcido. Su historia moderna ha sido la historia de una práctica académica y discursiva indigente, poco creativa, sin contacto con el hombre que sufre, que tiene miedo, que vive el derecho al ritmo de unas pulsiones cuya fuerza desconoce, que tiene obsesiones y autoobsesiones, asuntos por desmentir, por demostrar o aceptar, y que un régimen frío de conceptos obsesionados con las normas jurídicas jamás les pueden aclarar para sí mismos. La filosofía del derecho pretende hablar del deber ser en su deber ser y confía demasiado en la razón: ¡esa perra que hasta dormida produce monstruos!

De allí que una gran incongruencia, una gran incertidumbre y un gran desconsuelo se le presentan al estudiante de derecho. Acostumbrado en las aulas a pensar el deber ser, tal y como éste debe ser, se encuentra con la realidad de un terreno en

el que pululan los espíritus carroñeros, el coto de cazadores de los instintos, el olvido del tiempo presente, la manipulación, el error, la pereza, la negligencia y la incapacidad, y ¿qué sabe este pobre iusfilósofo de sí mismo, qué sabe del mundo y de la vida? ¿Acaso la validez de la norma de reconocimiento podrá liberarlo de su miedo? Sólo la filosofía, en sí, la única que existe, puede hacerlo.

Dejaremos para reflexionar algunas notas que consideramos importantes.

Sobre la disociación entre discursos sistemáticos y la realidad.

La teoría químicamente pura no se puede aplicar en ninguna parte y, prácticamente, tampoco se cumple en ninguna parte. Es que la vida es –y probablemente siempre será– algo más que mera ilustración de los conocimientos científicos sobre la vida. De modo que en ninguna parte existe un <<sistema puro>>; la vida de la sociedad no es una máquina, construida según un plano conocido. Al fin y al cabo, justamente gracias ello, las teorías pueden ir apareciendo una y otra vez: la corriente de la vida, que siempre nos sorprende y momentáneamente nos paraliza es, al mismo tiempo, el único llamamiento permanente del espíritu humano a hechos nuevos (Havel, 1994: 69).

Sobre la relación obligada entre una filosofía y una forma de vivir.

Cuando alguno se alaba de que comprende explicar los libros de Crisipo, dirás para ti: “Si Crisipo no hubiera escrito oscuramente, no tuviera nada de que gloriarse.” Además, no es esto lo que busco, mi designio es estudiar la naturaleza y seguirla. Cuando oigo, pues, que el interpretado es Crisipo, léole, y si no le entiendo busco alguno que me lo pueda explicar. Hasta aquí no he hecho aún nada de excelente ni loable porque cuando haya hallado quién me explique este filósofo me faltaría aún lo principal, que es poner por obra sus preceptos; porque si me quedo simplemente admirando la explicación de Crisipo, de filósofo que era me vuelo gramático. Toda la diferencia que hay es que, en lugar de Homero, explico a Crisipo. De aquí procede que me avergüence más el no poder hacer acciones conformes a sus preceptos que el no entenderle (Epicteto, 1998: 17).

Sobre la obsesión de la filosofía moderna por el discurso.

En primero lugar hay una pérdida parcial, aunque muy real, de la concepción de la filosofía como forma de vida, como elección de vida y también como terapia. Se ha perdido el aspecto temporal y comunitario de la filosofía. Además, la filosofía se ha hundido cada vez más en una vía puramente formal, en la búsqueda, a todo precio, de la novedad en sí misma: se trata para el filósofo de ser lo más original posible, si no creando un sistema nuevo, produciendo un discurso que, para ser lo más original posible, se quiere muy complicado. La construcción más o menos hábil de un edificio conceptual se convertirá en un fin en sí mismo. De este modo, la filosofía se ha ido alejando cada vez

más de la vida concreta de los hombres [...] esta evolución se explica por factores históricos e institucionales. Desde la estrecha perspectiva de las universidades, como se trata de preparar a los alumnos para el estudio de un programa escolar que les permitirá obtener un título de funcionarios y les abrirá una carrera, la relación personal y comunitaria desaparece necesariamente para dar lugar a una enseñanza que se dirige a todos, es decir, a nadie. Desgraciadamente, pienso que es extremadamente difícil en nuestros días resucitar el carácter dialógico de la filosofía. Me parece que esta forma dialógica de enseñanza no se puede realizar más que en las comunidades al estilo de las escuelas antiguas, organizadas para vivir la filosofía en común. Quizás esto sería posible en comunidades que fueran de tipo monástico. Pero creo que, en la vida cotidiana y en la vida universitaria, sería muy artificial (Hadot, 2009: 94-95).

Sobre la libertad del académico antiguo.

Nosotros, académicos, vivimos al día y por ello somos libres. Gozamos de una mayor libertad, somos más independientes; nuestro poder de juicio no conoce trabas, no tenemos que obedecer ninguna prescripción, ninguna orden, incluso, yo diría, no se nos impone ninguna obligación de defender una causa cualquiera (Cicerón, 2005: 52).

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, F. (2012) *Sobre la comprensión del derecho*. Medellín: Diké.
- BERGSON, H. (1994) *Evolución creadora*. Madrid: Planeta.
- CICERÓN. (2005) *Disputaciones tusculanas*. Madrid: Gredos.
- DELEUZE-GUATTARI. (1993) *¿Qué es la filosofía?* Barcelona: Anagrama.
- DERRIDA, J. (1990) *Del derecho a la filosofía*. Madrid: Alianza.
- EPICTETO. (1998) *Manual y máximas*. México: Porrúa.
- HABERMAS, J. (1998) *Facticidad y validez*. Madrid: Trotta.
- HADOT, P. (1998) *¿Qué es la filosofía antigua?* México: F.C.E.
- _____ (2006) *Filosofía antigua y ejercicios espirituales*. Barcelona: Siruela.
- _____ (2010) *No te olvides de vivir*. Barcelona: Siruela.
- _____ (2009) *La filosofía como forma de vida*. Barcelona: Alfa-Decay.
- _____ (2008) [a] *Prólogo a "El umbral en la sombra"*. Barcelona: Siruela.
- _____ (2008) [b] *Elogio de Sócrates*. Barcelona: Paidós-Iberia.
- HAVEL, V. (1994) *Meditaciones estivales*. Barcelona: Círculo de Lectores.

HUME, D. (1992) *Tratado de la naturaleza humana: un intento por introducir el método experimental de razonar en cuestiones morales*. México: Gernika.

ISER, W. (2005) *Rutas de la interpretación*. México: F.C.E.

MASSINI, C. (2007) *Entre la analítica y la hermenéutica: la filosofía jurídica como filosofía práctica*. Medellín: Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.P.B., Vol. 37, pp. 311-348.

NIETZSCHE, F. (2000) *Sobre verdad y mentira en sentido extramoral*. Valencia: Tilde, pp. 39-48.

_____ (1972) *Genealogía de la moral*. Madrid: Alianza.

_____ (2000) *Aurora*. México: Mexicanos Unidos.

_____ (1993) *Así habló Zarathustra*. Barcelona: R.B.A.

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

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

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

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

Página web: <http://aprendeenlinea.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



Imprenta
Universidad de Antioquia

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

Correo electrónico: imprenta@udea.edu.co

Impreso en octubre de 2014

