





ISSN 0120-1867  
Estud. Derecho

# **ESTUDIOS DE DERECHO**

**Directora**  
**Olga Lucía Lopera Quiroz**

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

Año LXXII – segunda época- enero-junio de 2015  
Volumen LXXII, N°. 159



**ESTUDIOS DE DERECHO**  
**UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA**

**Rector**

Mauricio Alviar Ramírez

**Decana**

Clemencia Uribe Restrepo

**Directora/Editora**

Olga Lucía Lopera Quiroz

**Comité Editorial**

- María Rocío Bedoya Bedoya    Doctora en Gobierno y Asuntos públicos, profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.
- María Cristina Gómez Isaza    Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.
- Diego Eduardo López Medina    Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes.
- Elena Larrauri Pijoan    Doctora en Derecho, profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Barcelona.
- Juan Antonio García Amado    Doctor en Derecho, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de León.

**Comité Científico**

- Santiago Sastre Ariza    Profesor de la Universidad de Castilla, La Mancha. España.
- Mauricio García Villegas    Profesor de la Universidad Nacional de Colombia. Colombia
- Núria Terribas    Directora del Institut Borja de Bioètica. Universitat Ramon Llull. España.
- Ricardo Hoyos Duque    Exmagistrado del Consejo de Estado. Profesor universitario. Colombia.

## **Árbitros**

Rafael Eduardo Wilches Durán

Guillermo Lariguett

Gabriele Vestri

María Elisa Camacho López

Andrés Botero Bernal

Luis Felipe Vivares Porras

Jhon Fernando Restrepo Tamayo

María Rocío Bedoya Bedoya

William Fredy Pérez Toro

Ana Victoria Vásquez Cárdenas

María Cristina Gómez Isaza

Diana Ma. Restrepo Rodríguez

Hernán A. Villa Orrego

Paola Carrillo Gamboa

Miguel Ángel Montoya Sánchez

Luis Bernardo Ruiz Jaramillo

Hernán Darío Vergara Mesa

Luisa Fernanda Cano Blandón

Olga Lucía Lopera Quiroz

Beatriz Elena Arcila Salazar

Jorge Eduardo Vásquez Santamaría

Nora Alba Cossio Acevedo

Andrea Alarcón Peña

Max Yuri Gil Ramírez

Diana Patricia Arias Holguín

Jaime Gañán Echavarría

## **Asistente Editorial**

Nora Alba Cossio Acevedo

## **Revisor de textos en inglés**

Jaime Alonso Usma Wilches

## **Estudiantes en práctica académica**

Jaiver Alemán Giraldo

Daniel Oswaldo Martínez Álvarez

### **Autora obras separatas**

Alba Cecilia Gutiérrez Gómez. Pintora, egresada de la Carrera de Artes de la Universidad Nacional de Colombia y de la Maestría en Filosofía de la Universidad de Antioquia. Profesora asistente en la Facultad de Artes de la Universidad de Antioquia y miembro del Grupo de Investigación de Teoría e Historia del Arte en Colombia de la misma universidad. Autora del libro *El artista frente al mundo. La mimesis en las artes plásticas* (2008) y coautora de los libros *Vásquez Ceballos y la crítica de arte en Colombia* (2008) y *Estética de la modernidad y Artes Plásticas en Antioquia* (2002). Como artista plástica ha participado en los Salones Regionales y en los Salones Nacionales de 1980 y 1992 y obtuvo premios en el XII Salón de Arte Joven del Museo de Antioquia, 1982, y en el III Salón Arturo Rabinovich del MAMM Medellín, 1983. Ha expuesto individualmente en la Biblioteca Pública Piloto de Medellín, el Centro de Arte actual de Pereira y el Museo de la Universidad de Antioquia (MUUA).

*Estudios de Derecho* se encuentra en los siguientes índices y bases bibliográficas: Pubindex –registrada y pendiente segunda actualización 2014-. 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 (CLASSE). 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 sea con fines académicos. Asimismo, se permite el acceso abierto a su contenido propendiendo por una mayor circulación del conocimiento.

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: Editorial L. Vieco S.A.S.

CANJE / EXCHANGE / PERMUTA / AUSTAUSCH VON PUBLIKATIONEM

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas

Universidad de Antioquia

Dirección: Calle 67 No. 53-108, Bloque 14, Oficina 106

Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

Teléfono: (574) 219 58 60

Correo electrónico: revistaestudiosdederecho@udea.edu.co

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

Apartado aéreo 1226. Medellín, Colombia - Suramérica

Editorial L. Vieco S.A.S. Teléfono: (574) 448 96 10

Correo electrónico: comercial@lvieco.com

## **Política editorial**

Estudios de Derecho es una publicación semestral de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Contribuye al debate de las ideas en torno al derecho y la política y fomenta el diálogo con otras disciplinas. Prioriza la publicación de artículos producto de investigación, escritos por autores nacionales y extranjeros. Está dirigida a politólogos, abogados y, en general, a profesionales interesados en las áreas sociales del conocimiento. La revista está numerada con el ISSN 0120-1867 y se encuentra en diversos índices y bases bibliográficas.

Los artículos deben ser originales y no haber sido remitidos a otra revista simultáneamente; recibidos y revisados los aspectos formales por la dirección de la revista y el Comité editorial, se designan los árbitros que evalúan el texto siguiendo el principio de anonimato tanto para el autor como para el evaluador; analizados los conceptos de los pares se decide sobre la publicación, publicación sujeta a modificaciones o no publicación del artículo. La dirección de la revista comunica la decisión a los autores; si el artículo es publicable, el autor envía a la dirección de la revista, la cesión de derechos patrimoniales en la que autoriza la reproducción del artículo, su distribución, comercialización y divulgación por cualquier medio, impreso o electrónico, incluida la internet. Los planteamientos expuestos por los autores, no comprometen a la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia.

La revista Estudios de Derecho autoriza la reproducción total o parcial de los artículos publicados en ella, siempre y cuando se cite la fuente y sea con fines académicos. Asimismo, permite el acceso abierto a su contenido propendiendo por una mayor circulación del conocimiento y puede ser consultada en <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red>



**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)

# Contenido

<b>Editorial</b> <i>Julio González Zapata</i>	<b>11-13</b>
<b>Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt</b> System and conjuncture: the concept of sovereignty in Kelsen and Schmitt <i>Manuel J. Gómez Restrepo</i>	<b>15-40</b>
<b>Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho</b> Development and strategic ecosystems conservation: a law challenge <i>Silvia Clavijo Prada</i>	<b>41-59</b>
<b>Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación</b> The constitutional right to judicial proof. An approach <i>Juliana Pérez Restrepo</i>	<b>61-87</b>
<b>La adjudicación de los contratos en el sector público cubano</b> The award to the contracts in the Cuban public sector <i>Rolando Pavó Acosta</i>	<b>89-117</b>
<b>Retos de la Convención de Discapacidad en Colombia</b> Challenges of the Convention of Disability in Colombia <i>Carlos Parra Dussan</i>	<b>119-140</b>
<b>Análisis de la pertinencia de la investigación en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia</b> Analysis of the relevance of research on the law program at the University of Antioquia <i>Erika Franco Gómez</i>	<b>141-160</b>

**Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales** **161-193**

Rights of participation in Ecuador seven years after the adoption of the constitution: from constituent rights to constitutional rights

*Albert Noguera Fernández*

**Retos de la formación doctoral en derecho en América Latina** **195-214**

Challenges in the doctoral training in law in Latin America

*Guillermo Lariguét*

**Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable** **215-247**

Defeasibility and legal rules: on the (supposed) necessity for a defeasible logic

*Esteban Buriticá Arango*

**Los impactos de la ley de inspección y vigilancia en la Autonomía universitaria en Colombia** **249-268**

The impact of the law of inspection and surveillance in the university Autonomy in Colombia

*María Rocío Bedoya Bedoya*

**Reseña**

**Dos trinidades: acerca de *La oculta*** **269-273**

Two trinities: *About hidden*

*Julio González Zapata*

# Editorial

CARLOS GAVIRIA

## *In memoriam*

*Las personas sensatas, por consiguiente,  
están claramente en posesión de los bienes que ya no tienen,  
y están en posesión de ellos gracias al recuerdo.*

Plutarco

Quienes tuvimos la oportunidad de ser alumnos de Carlos Gaviria en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y aún para quienes presenciaron sus enseñanzas por fuera de las aulas, sabemos que cuando usamos la palabra *Maestro* nos estamos refiriendo a él, sin más calificativos.

Todos reconocen sus monumentales conocimientos en derecho, en filosofía, en literatura, en arte y en general en las ciencias humanas del tiempo que le tocó vivir. Pero describiéndolo como un erudito o un intelectual, nos quedaríamos cortos.

Con el conocimiento se pueden establecer por lo menos dos relaciones claramente diferenciables. Por un lado, quienes consideran que es un dato objetivo, externo, que se adquiere con mucha dedicación, con cierta técnica (hoy dirían con ciertas competencias), y que inclusive se puede acumular a partir de memorizaciones de datos y citas o dejarlo plasmado en libros, artículos y con esa misma lógica, entonces, se puede medir, contar, estandarizar y hasta puede ser susceptible de ciertas jerarquizaciones con parámetros internacionales.

Por otro lado, se puede entender como un instrumento que debe producir un cambio profundo en el sujeto que lo cultiva, que debe permitirle establecer un nuevo tipo de relación consigo mismo y de esta manera, con todos los demás y con la sociedad en la que vive.

A este último tipo de conocimiento es al que se refiere la máxima delfica *gnómete a ti mismo* y que en los desarrollos que hizo Foucault en los últimos años de su vida, se puede desplazar hacia el *cuidado de sí mismo*. Todo ello conduce a

hacer de la propia vida una obra de arte; y fue esto lo que hizo de Carlos Gaviria el *Maestro* por antonomasia.

Ese conocimiento supone que cuando se lee un libro, cuando se ve una película, cuando se aprecia un cuadro, cuando se asiste a una obra de teatro, algo en uno debe cambiar: la próxima clase puede tener un matiz diferente, la siguiente charla con los amigos podrá replantear algunos temas desde otro ángulo y muchas personas y algunas cosas no se podrán seguir mirando de la misma manera.

Ese tipo de conocimiento implica una permanente tensión del sujeto, pero no como un ejercicio de encierro egoísta, sino como una permanente apertura hacia los demás, hacia la sociedad. ¿Qué debo hacer conmigo para que los demás puedan estar mejor? Ese era el tipo de enseñanzas que practicaba Sócrates cuando Alcibíades decía que quería gobernar a Atenas.

Haber practicado permanentemente este tipo de conocimiento es lo que nos permite explicar muchos de los legados del *Maestro*. Me refiero particularmente a aquel por el cual lo consideramos un sujeto ético por excelencia. Logró vivir como pensaba y actuar como decía.

Porque usaba sus conocimientos como una manera de construir cotidianamente su propia vida, pudo mantener la frescura de su discurso hasta sus últimas intervenciones públicas. Y como la construcción de su propia vida la entendió como un ejercicio pedagógico consigo mismo y con los demás, pudo caminar por los terrenos de la enseñanza, de la política y la jurisprudencia como un *Maestro*. Todos sus actos eran actos de enseñanza, en los que se cuestionaba y cuestionaba a los demás: ¿Qué debe hacerse? ¿Qué puede hacerse? Estas son preguntas que jamás se pueden escindir y son una de las claves para entender una actitud ética cuando ésta no se considera un mero adorno discursivo sino un asunto vital. Y obviamente, cuando se les separa aparecen esas respuestas desfachatadas (sería una injusticia con los cínicos llamarlas con ese nombre), que dice que una cosa es el derecho, otra la moral, otra la política y otra la ética.

¡Claro que son distintas! Y a fe que el *Maestro* no ahorró esfuerzos para distinguirlas. Pero una cosa es que el derecho se pretenda utilizar para imponer una visión moral o ética del mundo, o que la política tenga unos fines diferentes a ellas, y otra es la condición del sujeto. Vivir éticamente puede implicar ser rebelde contra las normas del Estado o contra la moral mayoritaria; pero rebelarse y resistir requiere una actitud ética de mayor calado que simplemente acomodarse. Por eso la ética, la política, la moral y el derecho se pueden distinguir disciplinariamente, pero para el sujeto son inescindibles. Vivir éticamente no soporta esos esguinces. Y esas fracturas se presentan cuando se pretende que los fines pueden justificar

los medios o que se puede llevar una vida privada sometida a unos parámetros y una vida pública a otros.

¡Por favor! seguramente exclamaría indignado el *Maestro*, si leyera ese proyecto de reforma a los estudios del derecho que está promoviendo el Ministerio del Derecho y de la Justicia junto con el de Educación y en el que parten del supuesto de que los problemas de corrupción del país se pueden remediar dándoles cursos de ética a los estudiantes de derecho. Qué pobre concepto de ética y del mismo conocimiento alimenta este proyecto. La ética y la virtud no se enseñan y mucho menos se pueden imponer por decreto. Ellas son construcciones de cada sujeto y a lo sumo se puede acceder a ellas a partir del ejemplo, no de las normas ni de los manuales. La ética es una forma de vida, no una regla heterónoma.

Que el *Maestro* haya asumido su propia vida como una obra en construcción que exige ese cuidado diario, fue lo que permitió que sus diversas actividades tuvieran un sello inconfundible y una sola divisa. Cuando dictaba sentencias, cuando hacía debates en el Congreso o en los medios de comunicación, cuando explicaba su programa como candidato presidencial, no hacía más que enseñar. Sólo que allí su propósito era mayor: en el aula quería que sus alumnos cambiaran la forma de ver el derecho, la política o la filosofía y allá quería que cambiara un país.

Eso lo hizo ese Maestro, que nos ofreció, también, la oportunidad de ver un Sócrates contemporáneo paseándose por las aulas de esta escuela.

Julio González Zapata\*

---

\* Abogado, profesor titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. E-mail: juliogzapata@yahoo.com y julio.gonzalez@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

**Citación de este artículo con el sistema APA:** González Zapata, J. (2015). Editorial. Carlos Gaviria. *In memoriam. Estudios de Derecho*. 72 (159), 11 – 13. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a01





Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Encuentro en el laberinto  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.00 x 1.20 m  
Año: 1981

## *Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt\**

---

\* Artículo de investigación, producto del proyecto “Hans Kelsen y sus contradictores. Fase I: Carl Schmitt”. Terminado en diciembre de 2011. Investigadores principales el profesor Mario Montoya Brand y la profesora Nataly Montoya Restrepo, del Grupo de Investigación Derecho y Poder de la Escuela de Derecho de la Universidad EAFIT.

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n159a02](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a02)

Fecha de recepción: 16 de febrero de 2015

Fecha de aprobación: 23 de abril de 2015

# Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt

*Manuel J. Gómez Restrepo*<sup>1</sup>

## Resumen

Hans Kelsen y Carl Schmitt, dos de los pensadores más importantes del siglo XX, estudiaron el fenómeno de la soberanía desde ángulos diferentes y partiendo desde conceptos metodológicos distintos. A Kelsen le interesaba explicar la soberanía, mientras que a Schmitt le preocupó principalmente saber quién era el soberano. Este artículo se dividirá en cuatro partes: la primera es una breve introducción, en la segunda se estudiará el pensamiento kelseniano; en la tercera, se abordarán las ideas de Schmitt; y en la cuarta, se contrastarán las teorías de los dos autores.

**Palabras clave:** Hans Kelsen, Carl Schmitt, soberanía, derecho internacional, estado de excepción.

## System and conjuncture: the concept of sovereignty in Kelsen and Schmitt

### Abstract

Hans Kelsen and Carl Schmitt, two of the most important thinkers of the twentieth century, studied the phenomenon of sovereignty from different angles and starting from different methodological concepts. Kelsen was interested in explaining sovereignty, while Schmitt was mainly interested in who was the sovereign. This paper is divided in four parts: the first will be a short introduction, the second part will deal with kelsenian thought; in the third one, we will study Schmitt's ideas; and in the last one we will contrast the theories of the two authors.

**Keywords:** Hans Kelsen, Carl Schmitt, sovereignty, international law, state of exception.

---

<sup>1</sup> Polítologo de la Universidad de Antioquia. Abogado de la Universidad EAFIT. Miembro del grupo de investigación Derecho y Poder de la Universidad EAFIT. E-mail: manuelj@gmail.com

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Gómez Restrepo, M. (2015). Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 15-40. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a02

# Sistema y coyuntura: el concepto de soberanía en Kelsen y Schmitt

## Introducción

¿Qué es la soberanía? ¿Cómo se la explica? ¿Quién es el soberano? Son preguntas esenciales para la teoría política. Aunque han sido muchos los teóricos que han tratado el tema de la soberanía, dos de los más importantes<sup>2</sup> han sido el austriaco Hans Kelsen (1881-1973) y el alemán Carl Schmitt (1888-1985) quienes partieron desde supuestos metodológicos radicalmente diferentes y arribaron a conclusiones muy distintas<sup>3</sup> sobre el problema de la soberanía; sus respuestas generaron tendencias en la forma en que se trata el tema, las cuales hoy siguen teniendo una enorme importancia.

Pocos conceptos tan primordiales para la teoría política, son a la vez tan elusivos. La pregunta por la soberanía se dirige al centro mismo del Estado y, por tanto, abre interrogantes sobre quién tiene el poder dentro de este y cuál es la fuente de ese poder, además es un tema fundamental en las relaciones entre los Estados. Pero al mismo tiempo, como ya lo han notado varios especialistas en teoría política (Carpizo, 2004; Krasner, 2001; Suganami, 2007; Wyduckel, 1998), es sorprendente lo esquivo que es este concepto y lo cambiantes y poco precisas que son sus características, sin mencionar que el concepto parece cambiar de significado dependiendo del lugar, del momento histórico y de la ideología del autor que esté tratando el tema (Beaud, 1996).

Más allá de la dispersión y complejidad referidas, creemos que el contraste entre estos dos autores nos dará importantes luces para comprender mejor el fenómeno

---

2 Tal vez es Hidemi Suganami el que mejor expresa la razón por la cual se debería estudiar el concepto de soberanía bajo estos dos autores, cuando dice: “Comparo a Kelsen y a Schmitt porque ninguna otra pareja de autores que me pueda imaginar, de los recientes colaboradores a los debates sobre la soberanía del Estado, alcanza a éste par en permitirme considerar el entrelazamiento entre derecho y política en el fenómeno de la soberanía de una manera a la vez tan fuerte y asequible” (Suganami, 2007, p. 514). Traducción Propia.

3 Una de las mayores divergencias entre estos dos autores, aparte de los diferentes supuestos metodológicos de donde parten, es que Kelsen creaba grandes teorías, teorías generales, buscando explicar el problema que estudiaba en un sistema coherente, mientras que Schmitt fue un autor interesado en problemáticas particulares y de coyuntura, con respuestas originales a los problemas de la época, pero que no creó un sistema coherente de tesis científicas sobre el Estado y el derecho.

de la soberanía y percibir a la vez cómo es la relación y cuáles son los fuertes lazos que unen al derecho y al poder en el problema de la soberanía. Los dos autores, aunque desde orillas opuestas de la ideología, fueron la cima del pensamiento jurídico y político europeo durante un período que se destaca por la enorme cantidad de grandes pensadores en este tema, como fue el período entreguerras. Cada uno propuso teorías contrapuestas que aun hoy permiten entender de una forma más precisa el concepto de la soberanía. Recordemos quiénes fueron estos autores.

Hans Kelsen, el mayor jurista del siglo XX (Losano, 2005; Villar Borda, 2006) es un referente clásico del pensamiento jurídico. Aparte de sus extensos aportes al campo jurídico, entre los que se cuentan su icónica frase: “el derecho es norma” (Kelsen, 2009, p. 78). Kelsen también fue uno de los teóricos más importantes de la democracia (Bobbio, 2003, p. 402), y su proposición monista del ordenamiento internacional cambió completamente la forma en que se discute la relación existente entre el derecho internacional y el derecho nacional (Zolo, 2005, p. 43).

Carl Schmitt, por su parte, es no solo uno de los teóricos jurídicos y políticos más importantes del siglo XX (Aguilar, 2002; Balakrishnan, 2000; Mouffe, 1999a), sino que específicamente su ensayo sobre la soberanía: *Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la doctrina de la soberanía*, es de los textos más famosos de la teoría política (Kahn, 2012). En especial, desde el fin de la guerra fría, su obra se encuentra en un proceso de relectura y redescubrimiento por parte de la izquierda (Aguilar, 2002; Kahn, 2012) después de haber sido de dominio exclusivo de la derecha. Varias de sus obras se han reeditado, otras se han vuelto a traducir y algunas de las que no se tenía versión en español se han publicado en este idioma. Sus ideas y sus teorías han vuelto al debate político contemporáneo no solo como el gran adversario del régimen demócrata liberal (Mouffe, 1999a), sino como alguien del cual se puede aprender si se lee sin complejos y prejuicios (Balakrishnan, 2000).

El presente artículo se divide en cuatro partes: la primera es esta introducción, en la segunda, se expondrá el armazón teórico creado por Hans Kelsen para explicar el fenómeno de la soberanía. En la tercera, se describirán los conceptos teóricos creados por Carl Schmitt para establecer quién es el soberano. En la cuarta, a modo de conclusión, se hará un breve contraste entre las teorías de ambos autores.

## 1. Hans Kelsen: propuestas teóricas y concepto de soberanía

Partiendo de Calsamiglia (1997) y Gaviria Díaz (1981), existen dos características principales en toda la construcción teórica kelseniana: la primera, su objetividad, ya que busca una ciencia jurídica que no sea sierva de los intereses

políticos dominantes, sino que se encargue de manera exclusiva de crear conocimiento jurídico, esto es, que sea neutra políticamente; la segunda, su metodología, que está de manera superlativa influenciada por las ideas neokantianas. En esta metodología es el sujeto de conocimiento el que “crea” su propio objeto, lo cual supone entender que un mismo objeto científico no puede ser estudiado por dos métodos distintos, ya que las tesis neokantianas postulan que el sujeto al combinar su sensibilidad y entendimiento piensa el objeto, lo concibe, le da sus cualidades y lo crea, por tanto, este objeto sólo puede ser estudiado desde un único método, estudiarlo desde dos métodos diferentes, llevaría a la conclusión de que se está en presencia de dos objetos diferentes y conduciría a incoherencias y contradicciones en la investigación.

Por tanto, la búsqueda del monismo teórico está siempre implícita en sus escritos donde quiere “estructurar un mundo jurídico coherente que se dé al conocimiento de un todo armónico y unitario” (Gaviria Díaz, 1981, p. 366). Esto lo hace a través de cuatro ideas que guían todo su trabajo: autonomía, sistematicidad, unidad y, finalmente, regirse siempre por el método.

Cuando Kelsen se enfrenta al estudio de la soberanía, lo hace con el mismo rigor metodológico con el que ya había estudiado el derecho y el Estado. Este le permite percibir que el problema de la soberanía no es como lo había planteado la doctrina tradicional<sup>4</sup>, esto es, sobre si la soberanía le corresponde toda ella al Estado o si tal Estado en particular es soberano; sino que el problema de la soberanía es cómo ella puede ser explicada, porque “el problema no es si es dado o no un determinado hecho, sino cómo ha de explicarse este hecho. Y aquí se nos brindan diversas posibilidades explicativas, según que el Estado sea supuesto o no como orden supremo, es decir, soberano; en el último caso admite sobre sí un orden superior: el derecho internacional” (Kelsen, 1972, p. 134). Se puede decir, entonces, que soberanía, para Kelsen, es aquello que no tiene fundamento ulterior, que la norma no se deriva de ninguna otra, y todas las demás normas se derivan de ella. En este sentido es que la norma fundamental es soberana, ya que es supuesta, y por lo tanto no se puede encontrar ninguna norma ulterior a ella, y la norma fundamental no se puede derivar de ninguna otra. Pero lo que le interesaba a Kelsen no era la definición de soberanía, ya que él no era un teórico de la soberanía, lo que le interesaba era poder explicarla en el marco de una teoría general del Estado.

Antes de entrar en detalle sobre las propuestas explicativas de Kelsen sobre la soberanía, es pertinente analizar cuáles son las críticas o comentarios que hace

4 Cuando Kelsen habla de doctrina tradicional o dominante, se refiere principalmente a los autores germanos del siglo XIX que estudiaron en especial el Estado, los llamados iuspublicistas, cuyos miembros más destacados fueron Georg Jellinek, Otto Mayer, Thomas Gerber y Paul Laband.

Kelsen a la doctrina dominante para el momento en el que abordaba el tema. Kelsen divide sus críticas en dos partes: en la primera, se dedica a demostrar las contradicciones inherentes al modelo materialista/dualista de la soberanía para después concluir que esta posición tiene como base intereses políticos específicos en lugar de un verdadero estudio teórico, y sustenta esta hipótesis en un análisis de la historia de la soberanía donde para él, a diferencia de lo que consideran la mayoría de los autores (Beaud, 1996; Borja, 2003; Matteucci, 1997), se puede encontrar este concepto antes de Bodin, en la Antigüedad y en el Medioevo.

Según Kelsen, el modelo materialista/dualista presupone soberano al Estado, y lo considera el ser superior, pero simultáneamente afirma ese mismo modelo, que existe un orden internacional del cual todos los Estados son miembros y están coordinados en condiciones de igualdad. Kelsen ve de inmediato la contradicción que surge, gracias no solo a que su método de conocimiento siempre busca la unidad, sino porque la idea de la coexistencia de soberanía del Estado y supremacía del orden internacional es lógicamente insostenible ya que “elementos diferentes solo pueden llamarse coordinados en relación a un centro común de referencia” (Kelsen, 1972, p. 138). No puede el Estado asumirse al mismo tiempo como el ser supremo que crea la validez de todo el ordenamiento jurídico y a la vez reconocer un orden bajo el cual está coordinado. El contraargumento que históricamente ha esgrimido esta doctrina tradicional es que, se sigue siendo soberano sobre sus propios súbditos, por ser superior a ellos gracias al amplio margen de acción que le da el ordenamiento internacional. Este contraargumento lo rechaza Kelsen al decir, que ya se perdió la función específica de la soberanía “que es la de designar una posición peculiar del Estado en la jerarquía de las comunidades jurídicas” (Kelsen, 1972, p. 142), y que además se está cayendo en una tautología ya que la soberanía sería solo “la propiedad de ser superior a los inferiores” (Kelsen, 1972, p. 138) por lo que, en este sentido, sería soberano todo orden parcial que se encuentre en superioridad con sus súbditos, como el municipio con sus vecinos. Con base en esta objeción, pareciera que carecería de razón alguna toda la diferenciación que hace la teoría material o dualista entre una soberanía de derecho interno y una soberanía de derecho internacional.

Pero además, para Kelsen, a pesar de que la doctrina tradicional venía diciendo que el fin del concepto material de la soberanía es un conocimiento teórico y científico del Estado, ello no es verdad, ya que sirve de manera prioritaria a determinados fines políticos. Afirma esto basado en las críticas mencionadas anteriormente pero también en la historia, ya que “la historia del concepto de soberanía demuestra cómo dicho concepto ha estado, desde el principio, más al servicio de los propósitos políticos de los gobernantes que de la finalidad del conocimiento científico del Estado”

(Kelsen, 1972, p. 148). Para derrotar estos razonamientos, Kelsen hace un análisis de toda la historia de la soberanía para demostrar la puesta de la teoría al servicio del poder. Sin embargo, advierte que no significa que la soberanía corresponda solo a postulados políticos, ya que “si no contuviese la doctrina de la soberanía este contenido puramente teórico, no hubiera ésta conseguido mantener la férrea consistencia de que hasta hoy goza en las Teorías del Derecho y del Estado, de las que constituye el capítulo más importante” (Kelsen, 1972, p. 148).

Como se había mencionado en este escrito, para la mayoría de la doctrina el concepto de soberanía no existió en la antigüedad. Kelsen no está de acuerdo con esto y encuentra no solo elementos del concepto de soberanía en la *autarquía* de la polis griega y en la *majestas populi Romani* de los romanos, sino que considera que la soberanía aparece completamente en lo que él llama el *imperium romanum* del Medioevo, pues conformaba en su momento “el orden jurídico universal constitutivo de toda la sociedad cristiana, dentro de la cual las comunidades estatales eran expresamente consideradas como meros órdenes parciales, como provincias más o menos autónomas, cuyo poder érales concedido por el Imperio” (Kelsen, 1972, p. 149). Para Kelsen, este *imperium romanum* cumplía en general la misma función que hoy cumple el derecho internacional, la mayor diferencia es que el *imperium romanum* tenía una mayor cantidad de órganos propios y de funciones materiales y, por lo tanto, incluso se le llamaba Estado.

Con el colapso del Imperio Romano, la soberanía, teorizada por los doctrinantes de la época, de manera paulatina pasó de estar localizada en el *imperium romanum* a los reinos y repúblicas que hasta ese entonces habían estado sometidos a aquél. Este proceso se inició en Francia y tuvo su principal exponente en Jean Bodin, quien lanzó una teoría que intenta echar por tierra la pretendida supremacía del imperio romano, al plantear que “pertenece a la esencia del Estado el que su poder sea supremo e independiente; de ese modo, siendo Francia un Estado, perdían su razón de ser las pretensiones de dominio por parte del Imperio” (Kelsen, 1972, p. 150). Para Kelsen, esta teoría de la soberanía que lidera Bodin, busca encubrir bajo el manto de una teoría general del Estado, unas doctrinas que sirven a intereses políticos concretos, y que no solo “se hallaban en contradicción con el Derecho positivo hasta entonces vigente (...) sino que iban muy en particular contra las limitaciones (jurídicamente fundadas) que el poder real halla en las competencias de los señores feudales” (Kelsen, 1972, p. 150). Es decir, aquellos doctrinantes buscaban aumentar el poder de los reyes, socavando no solo el poder hacia el exterior que jurídicamente tenía hasta ese momento el imperio romano, sino también el que tenían hacia el interior los señores feudales.

Desde entonces y hasta nuestros días, Kelsen encuentra que “el Derecho político no se ha mostrado jamás inmune a la influencia de los deseos políticos en la solución «científica» de sus problemas. Al contrario, ha considerado misión suya adaptar su «Teoría» a tales deseos, y ha velado pudorosamente este *sacrificium intellectus*, insistiendo en que no quiere nada con «especulaciones abstractas y ajenas a las realidades del mundo», sino que aspira a servir para la «vida real», a explicar la «vida»” (Kelsen, 1972, p. 152). Se puede ver aquí no solo la inmensa crítica a la “teoría realista” de las relaciones internacionales, sino en general a toda la Ciencia Política, por perder su pureza de “ciencia” y dedicarse a servir a determinados intereses políticos, y lo que es peor para el autor vienés, enmascarar esos intereses bajo el manto de teorías científicas, pues terminan haciendo complicadas mutaciones en los conceptos claves, que no permiten entenderlos, sino que solo los ofuscan. Además, también se pierde la objetividad y pureza que tiene la ciencia, en la que Kelsen creía plenamente (Kelsen, 2009, pp. 15–17).

Esta búsqueda de objetividad y pureza es la que lleva a Kelsen a encontrar que el dogma de la soberanía tiene dos hipótesis posibles, dependiendo de si se considera al Estado como el orden supremo o si se considera al orden internacional como supremo con respecto a los Estados. Estas hipótesis son: el primado de orden estatal y el primado de orden jurídico internacional.

Kelsen encuentra que, dependiendo de donde se parta se llega a una respuesta diferente; si se empieza desde el Estado propio, y se considera a este como el poder supremo, no se puede llegar desde el conocimiento jurídico a otra respuesta que no sea la del primado de orden estatal. Pero por otro lado, si se parte de la idea de que existe un derecho internacional, se llega ineludiblemente a la existencia del primado del orden jurídico internacional. Desde un punto de vista puramente jurídico ambas teorías tienen el mismo valor, ya que las dos sirven como último punto de imputación. Para Kelsen, no existen razones de índole jurídica que puedan dar preferencia a una u otra hipótesis. Adoptar, por tanto, uno de estos postulados depende entonces de la posición epistemológica de la cual se parta y de la posición ideológica que se tenga.

Ahora bien ¿en qué consisten tales primados, cuáles son las razones para adoptar uno u otro y cuáles son las consecuencias de adoptar uno de ellos?

El primado de orden estatal es la misma teoría formal de la soberanía. Consiste en establecer que un Estado, por lo general el propio, es soberano, y que por lo tanto, la validez de sus actos depende de sí mismo. Que ese Estado es el poder supremo y que no hay nada por encima de él; y en verdad, mientras se mantenga la vista solo en el orden jurídico estatal esta reflexión no genera ningún problema, ya que no existe ninguna norma o fenómeno jurídico que no pueda comprenderse como un

elemento del orden jurídico estatal propuesto. Las dificultades comienzan, como lo demuestra el propio Kelsen, “en el instante en que la reflexión va más allá del orden jurídico estatal propio, es decir, más allá de aquel dominio que se considera de ordinario como orden jurídico estatal, hallándose ante objetos que aspiran al calificativo de «Derecho» con la misma razón que el orden jurídico del Estado, sin que por eso puedan considerarse como partes constitutivas de éste” (Kelsen, 1972, p. 157). Porque, si se toma en serio el primado de orden estatal, ¿cómo explicar la existencia de los otros Estados? Acaso ¿no son ellos soberanos también? Una parte de la teoría tradicional que los considera también soberanos cae, en palabras de Kelsen, en el “vulgarísimo recurso de decir que aquí está vigente tal orden jurídico y allá tal otro, que aquí existe el Estado propio y más allá, separado por fronteras inmovibles, un Estado distinto” (Kelsen, 1972, p. 158). Pero se olvida esa parte de la teoría tradicional que para que aquí exista solo uno, y allá otro, se tiene que presuponer una norma superior que determina el ámbito de validez donde rige cada uno de ellos. Es decir, presupondría el primado de orden internacional.

Otra parte de la doctrina intenta resolver este problema con la teoría del reconocimiento, la cual dice que para que un Estado particular o un tratado internacional valgan como tal ante el Estado propio, tiene que ser reconocido por este. Si se conduce esta teoría a su fin lógico, termina llevando solo al monismo y únicamente a la soberanía de mi propio Estado, excluyendo la de los demás (Kelsen, 1972, p. 158).

Por su lado, la teoría del primado de orden internacional consiste en partir de la idea mencionada anteriormente de que los Estados sí están coordinados, y por lo tanto, necesitan “un núcleo común de referencia”, este núcleo sería el orden jurídico internacional. Por tal razón, este orden jurídico internacional sería supremo con respecto a los Estados; este es el verdadero orden soberano, al cual se encuentran subordinados los Estados. Es decir, Kelsen al responder sobre cómo debe explicarse la soberanía con el primado de orden internacional, encuentra que los Estados no son soberanos, sino simples órdenes jurídicos delegados del derecho internacional, por tanto, las normas de derecho internacional no solo constituyen un orden jurídico superior a los Estados, sino que es este orden jurídico el que les da validez y los coordina. Como lo dice él mismo:

El Estado aparece así determinado en todas las direcciones en su existencia jurídica por el derecho internacional, esto es, como un orden jurídico delegado por el orden jurídico internacional tanto en su validez, como en su dominio de validez. Sólo el orden jurídico internacional es soberano, y no algún orden jurídico estatal. Si se designa como “soberanos” a los órdenes jurídicos estatales, o a las comunidades por ellos constituidas, ello significa a la postre que sólo están subordinados al orden jurídico internacional; que dependen inmediatamente del derecho internacional (Kelsen, 2009, p. 340).

Es decir, que bajo este modelo desaparece toda diferencia fundamental entre los “Estados” y las comunidades no estatales que lo integran como los departamentos y los municipios; pues solo podría decirse que los “Estados” son tales porque solo están subordinados al orden jurídico internacional, mientras que los departamentos y los municipios lo estarían también frente a los “Estados”, y todos estarían subordinados a este orden jurídico internacional. Como se ve, se soluciona de forma bastante elegante y original el problema de qué hacer con los otros Estados y se logra también explicar el problema del derecho y la validez dentro del mismo Estado. Ambas hipótesis, el primado de derecho internacional y el primado de derecho estatal, son igualmente válidas desde el ámbito jurídico, porque ambas sirven como último punto de imputación, por lo tanto la elección de uno u otro primado no la puede hacer la teoría del derecho. Escoger una u otra se hace con base a preferencias éticas y políticas.

Conviene advertir que Kelsen tiene una visión psicologista, según la cual, cierta manera de pensar está estrechamente relacionada con una preferencia por una concepción de la soberanía específica de esa forma. A su modo de ver, una persona de talante autoritario o absolutista se inclinaría por el primado del derecho estatal, mientras que la persona guiada por concepciones demócratas y pacifistas sería partidaria a su vez del primado de derecho internacional. Esta perspectiva es usada en varias ocasiones por Kelsen (Kelsen, 1972, pp. 171–172; 1989, pp. 235–237; 1992, pp. 158–159; 1995, p. 462; 2009, p. 348). Véase a continuación el recurso al psicologismo para describir al hombre autoritario como un:

hombre que posee una pronunciada conciencia de sí mismo, que se identifica con el poderoso autócrata, encuentra su contraparte perfecta en la doctrina según la cual el Estado es una realidad supraindividual, en cierta forma, colectiva, fundamentalmente distinta de la masa o la suma de individuos, una entidad mística y, como tal, ser supremo y realización de un valor absoluto. Es el concepto de soberanía el que en este caso, conlleva la absolutización e incluso la deificación del Estado, que está enteramente representado en el gobernante soberano. Esta teoría del Estado se expresa típicamente en la célebre frase: *l'état c'est moi*. Así como, en este caso, el conocimiento del mundo procede del sí mismo soberano. Su especulación política parte de su Estado soberano (Kelsen, 1989, p. 235).

De igual manera, a partir de perfiles psicológicos, Kelsen define al demócrata, en esta extensa frase, como alguien que considera al Estado:

como un orden ideal de la conducta recíproca de los individuos, este [el demócrata] no concibe al Estado como algo que existe por encima de sus súbditos, dominándolos, como una entidad que domina a los hombres y que es, por lo tanto, esencialmente diferente de

ellos, sino que una parte de la suposición de que son los hombres quienes componen el Estado; que, como orden particular de la conducta humana, el Estado no existe fuera ni por encima de los hombres, sino dentro y a través de ellos. La teoría política de este tipo de persona puede resumirse en estas palabras: *l'état. c'est nous*. La tendencia de esta óptica va dirigida a relativizar, no a absolutizar, al Estado. Hace a un lado el concepto de soberanía como la ideología de aspiraciones determinadas al poder gubernamental, eliminando así el principal obstáculo que impide ver que, por encima de los estados, existe, o puede existir, un derecho internacional que los delimita jurídicamente en sus jurisdicciones territoriales y personales, estableciendo así, y como primer paso, una coordinación entre estados. Se reconoce al Estado como entidad jurídica, si bien no absolutamente, suprema: más bien como escalón intermedio en el orden jurídico (Kelsen, 1989, pp. 236–237).

Ahora bien, si se consideran las dos maneras de asumir el primado de orden –estatal o internacional–, Kelsen parece tomar partido por el primado de orden internacional, por razones puramente ideológicas que se refieren a aspectos como que, los tratados y demás acuerdos internacionales tengan validez más allá de la voluntad de las partes, que la paz mundial se obtenga por medio de un acuerdo que logre una confederación o federación mundial de Estados y no por medio de la sumisión de todos los Estados ante un único Estado soberano. Esto porque considera que al final la posición del primado de orden estatal, lleva implícita una idea de subjetivismo extremo donde forzosamente se niega no solo el derecho internacional, sino también a la misma idea de Derecho y se proclama por encima de cualquier otro, el punto de vista del poder.

Por esta toma de posición, Kelsen es criticado por Danilo Zolo, porque, a juicio de éste, “la opción a favor de la primacía del derecho internacional y en contra de la idea de la soberanía de los Estados nacionales es, pese a la pretendida pureza neokantiana de su ciencia del derecho, una elección ideológico-política cargada de decisiones metodológicas, de asunciones valorativas y de implicaciones éticas” (2005, p. 24). Pero, mirada con cuidado la objeción de Zolo, se puede considerar que este autor olvida dos asuntos de máxima importancia: en primer lugar, algo que el propio Kelsen repite muchas veces, la elección de uno u otro primado no se puede hacer dentro de las herramientas o teorías que nos da la ciencia del derecho, sino que es una elección ideológica y política (Kelsen, 1972, pp. 162, 169, 173; 1989, p. 237; 1995, p. 462; 2009, p. 348); por lo tanto, no se debe criticar a Kelsen por algo que él mismo ya había advertido, esto es, que su teoría del derecho es pura, pero que sus contenidos posibles son objeto de debate político y de preferencias personales o partidistas; y en segundo lugar, como también lo señala repetidamente Kelsen (1958, p. 224; 1988, pp. 251-252; 1995, p. 462; 2009, p. 345), “aún cuando la decisión entre las dos hipótesis rebasa el ámbito de la ciencia, ésta tendrá siempre

la tarea de mostrar las relaciones que existen entre tales hipótesis en ciertos sistemas valorativos de carácter ético o político. La ciencia puede hacer que el jurista sea consciente de las razones en que funda su elección, y de la naturaleza de la hipótesis por él elegida, impidiéndole de esta manera que derive de tal hipótesis conclusiones que el derecho positivo, tal como la experiencia nos lo ofrece, en modo alguno autoriza” (Kelsen, 1995, p. 462).

Hasta aquí las formulaciones kelsenianas relativas a la soberanía relevantes al objeto de estudio. Antes de entrar a analizar el pensamiento de Schmitt, es bueno entonces recordar las ideas más importantes de Kelsen sobre la soberanía. En primer lugar, Kelsen no es un teórico de la soberanía, pero le interesa explicarla en el marco de su teoría general del Estado. En segundo lugar, la pureza de método y la búsqueda de la unidad, son las ideas que se encuentran imbuidas en todo su pensamiento, las que le permiten ver las incoherencias presentes en el modelo dualista/materialista, doctrina dominante en su momento. El constatar estas incongruencias y el hacer un análisis de la historia de la soberanía, le posibilitan señalar que este modelo se creó principalmente con el fin de servir a unos intereses políticos determinados y no para construir una verdadera teoría de la soberanía y; en tercer lugar, en la búsqueda de la unidad llega a dos respuestas, que en términos jurídicos son igualmente válidas: el primado de orden estatal, un rescate de la antigua teoría del monismo estatal, y concebido de una manera novedosa y original, el primado de orden internacional.

## **2. Carl Schmitt: ¿Quién es el Soberano?**

Previo al análisis del concepto de soberanía de Carl Schmitt, es importante aclarar ciertos aspectos. Primero, hay que evitar, por lo menos transitoriamente, esa interminable discusión de si Schmitt era nazi, o qué tan nazi era, o cuáles eran sus verdaderos nexos con el Nacional Socialismo, ya que esta discusión, no solo no es la meta de este artículo<sup>5</sup>, sino que no lleva a ningún lado, porque no cambia, ni desmerita la importancia de los aportes teóricos de Schmitt, ni la originalidad de sus apuntes, ni la necesidad que tiene hoy en día el sistema demócrata-liberal de reconocer las críticas que le hizo Schmitt e intentar superarlas con el fin de proteger sus instituciones de todos los peligros que la asedian (Mouffe, 1999b). Un ejemplo de esto último lo hace presente la misma Chantal Mouffe cuando dice:

En la actualidad la retórica humanitaria ha desplazado por cierto a las apuestas políticas fuertes, y los liberales occidentales imaginan que, con el colapso del comunismo, los antagonismos han quedado erradicados. Habiéndose alcanzado el estadio de la ‘modernidad

5 Entre otros autores que tratan esta discusión se encuentran (Molina, 2008; Ruthers, 2004; Zarka, 2007).

reflexiva', la ética puede reemplazar ahora a la política. Se dice que, con el desarrollo de las 'identidades post-convencionales', las formas arcaicas de la política basada en la relación amigo-enemigo están en declinación. Lamentablemente la insistencia de Schmitt en la inerradicable dimensión de la conflictividad inherente a lo político (...) pone al descubierto todo lo que hay en esto de mera racionalización de nuestros deseos (Mouffe, 2002, p. 5).

En segundo lugar, es conveniente explicar por qué insiste Schmitt en que es inerradicable la dimensión de la conflictividad de lo político. Una de las metas de Schmitt al definir el concepto de lo político, es hacer estudiar lo político—desde un punto de vista teórico— libre de consideraciones religiosas, estéticas, económicas, jurídicas y morales. Para alcanzar esa meta, considera que “la única vía consiste en proceder a constatar y a poner de manifiesto cuáles son las categorías específicamente políticas” (Schmitt, 2009, p. 56). Encuentra Schmitt que la categoría política “específica, aquella a la que pueden reducirse todas las acciones y motivos políticos, es la distinción *amigo-enemigo*” (2009, p. 56). Esta distinción viene a ser la esencia de lo político, y es además un criterio autónomo, libre de cualquier otra consideración, según lo sostiene Schmitt. No sobra advertir que la concepción de lo político en Schmitt no es ni belicista, ni militarista, y una correcta elección política puede consistir precisamente en evitar la guerra (2009, p. 63).

La distinción entre amigo-enemigo, se expresa como la diferenciación, entre un *nosotros*, frente a un *ellos*. Al tener un *otro* diferente con el cual compararse y distinguirse, se genera un sentimiento de identificación con los iguales, es decir, “La percepción que un grupo desarrolla de sí mismo en relación con los otros es un elemento que al mismo tiempo que lo cohesionan, lo distingue. La posibilidad de reconocer al enemigo implica la identificación de un proyecto político que genera un sentimiento de pertenencia” (Delgado Parra, 2009), por tanto, un sentimiento de pertenencia a un grupo, a una unidad, solo se puede crear mientras exista un contrario, un enemigo, que sea diferente y pertenezca a otro grupo. Además, “desde que haya cabida para la diferencia en el mundo de las relaciones humanas, la figura del enemigo reclamará su lugar y consideración en el plano fáctico y teórico, respectivamente” (Martínez Márquez, 2009, p. 57). Es por esto que para eliminar esas “formas arcaicas de la política basada en la relación amigo-enemigo” (Mouffe, 2002, p. 5), habría primero que eliminar completamente la diferencia del mundo de las relaciones humanas. Esta relación es, por consiguiente, irreducible, y en tal sentido es no solo constitutiva, sino la esencia misma de la política, de ahí su utilidad para definir desde ella la soberanía.

En tercer lugar, Carl Schmitt es un autor de coyunturas, que escribía no creando grandes sistemas o teorías generales, sino como respuesta al momento histórico

en que se encontraba. La mayoría de sus textos son “intervencionistas”, por tal motivo, aunque contienen “fuertes destellos de auto-definición política en relación con sus objetivos recurrentes, hay una discontinuidad alarmante en las posiciones que adoptó cuando estos objetivos se movían, o cuando entraron en su campo de visión desde un lugar diferente”<sup>6</sup> (Balakrishnan, 2000, p. 5). Por lo tanto, es muy importante estar atentos al momento y al lugar histórico en donde está escribiendo, a pesar de lo que dicen otros autores, como Paul Kahn (2012, p. 16), los textos de Schmitt incluso más que en cualquier otro autor, son fruto de la coyuntura política, social y económica en la que estaba viviendo. Interesa analizar cuál era el ambiente político en el surgimiento y en los primeros años de la República de Weimar, ya que en este período produce sus trabajos más originales e interesantes<sup>7</sup>, en especial, en dos textos donde hace sus mayores aportes al concepto de soberanía: *La Dictadura* y *Teología Política*, publicados en 1921 y 1922, respectivamente.

Como consecuencia de la inminente derrota del Imperio Alemán en la Primera Guerra Mundial y de la incapacidad del mismo para resolver los conflictos sociales que se estaban generando en su interior, se inicia en noviembre de 1918 la revolución alemana (Haffner, 2005). El fracaso de la revolución, la ineficacia de los revolucionarios, la tensión, el caos y la inseguridad generada por todos estos acontecimientos tuvieron una fuerte influencia intelectual sobre Carl Schmitt, una influencia mucho mayor que la que aparentemente tuvo en él la Primera Guerra Mundial o cualquier otro suceso anterior (Balakrishnan, 2000).

La revolución alemana fracasó por las enormes diferencias que había entre los grupos de izquierda que eran los que la impulsaban. El Partido Socialdemócrata Alemán, el partido de izquierda con mayor número de afiliados se rehusó a trabajar con los revolucionarios que buscaban entregarle el poder a los *soviets*, y en su lugar lo hizo con los jefes del ejército imperial, con la intención de lograr compromisos e instaurar una república liberal. Por esta razón, dieron luz verde para que se acabara con los “espartanos” y con los líderes comunistas que amenazaban llevar a cabo una completa revolución comunista. Al lograr compromisos no se despojó completamente a las viejas élites imperiales del poder que tenían, sino que se las integró al nuevo orden social.

Por tanto, la revolución no pudo lograr la meta de entregarle el poder a los *soviets*, como sí lo habían logrado los bolcheviques unos años antes en Rusia, y el gran logro que se le acredita, acabar con el imperio e instaurar la República de Weimar, nació en definitiva, herida de muerte (Haffner, 2005). El ambiente

---

6 Traducción propia.

7 Balakrishnan incluso califica el trabajo de Schmitt posterior a la guerra como simples “pies de página de sus trabajos anteriores” (2000, p. 260). Traducción propia.

de polarización política durante la época revolucionaria, que afectaba incluso a aquellos que intentaban mantenerse al margen, “le generaron un inmenso miedo a las guerras civiles pero a la vez una gran fascinación por los ambientes políticos y morales que generaban, este miedo y fascinación dieron forma a toda su visión política”<sup>8</sup> (Balakrishnan, 2000, p. 20).

Una de las disposiciones de la nueva Constitución de la república que más interesó a Schmitt y a los juristas de la época fue el artículo 48. El cual le entregaba unos amplios poderes al presidente de la República si se daban determinadas situaciones de emergencia, entre los que estaban suspender temporalmente ciertos derechos fundamentales, legislar, y en general “adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la seguridad y el orden públicos” (Schmitt, 1985, p. 257) sin el previo consentimiento del *Reichstag* o parlamento. El análisis de las consecuencias de esta “situación de excepción”, lo impulsaron a escribir dos libros, con los cuales hizo grandes aportes al concepto de soberanía, pero que además lo situaron como uno de los principales intelectuales de la derecha alemana: *La Dictadura y Teología Política*.

En *La Dictadura*, cuyo título completo es *La Dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*, Schmitt presenta la historia de la teoría y práctica de la dictadura desde los tiempos de la república romana hasta los primeros años del siglo XX. Esta institución inventada por los romanos, después de la expulsión de los reyes, consistía en un magistrado con poderes extraordinarios, que se nombraba en situaciones de emergencia “para que en tiempos de peligro hubiera un *imperium* fuerte, que no estuviera obstaculizado, como el poder de los cónsules, por la colegialidad, por el derecho de veto de los tribunos de la plebe y la apelación al pueblo. El dictador, que era nombrado por el cónsul a solicitud del Senado, tiene el cometido de eliminar la situación peligrosa que ha motivado su nombramiento” (Schmitt, 1985, pp. 33–34). Esta situación peligrosa consistía en cualquier situación que hiciera peligrar la vida de la república, desde una guerra externa, hasta una rebelión interna. Este era un cargo temporal,<sup>9</sup> cuya finalidad era solucionar o eliminar la situación excepcional que hiciera necesario su nombramiento. Por lo tanto, era la naturaleza del mismo cargo tornarse superfluo.

Esta era una institución republicana, y para Schmitt es central para la continua existencia de la república. “Para la República, la dictadura debió ser justamente una cuestión vital. Porque el dictador no es un tirano y la dictadura no es algo así

8 Traducción propia.

9 Se nombraba por un plazo de 6 meses, y se esperaba que el dictador renunciara antes si ya había ejecutado su misión (Schmitt, 1985, p. 34).

como una forma de dominación absoluta, sino un medio peculiar de la constitución republicana para preservar la libertad” (Schmitt, 1985, p. 37). Cabe anotar que la dictadura busca proteger la Constitución suspendiéndola en parte o totalmente por un tiempo limitado, mientras se soluciona la situación peligrosa, el estado de excepción. Es por esto que incluso llega a decir que “la dictadura es un estado de excepción” (Schmitt, 1985, p. 23).

Este es el tipo de dictadura que Schmitt denomina dictadura comisarial para diferenciarla de la dictadura soberana, un término que él se inventa para nombrar algo que ya se conocía como asamblea constituyente, asamblea nacional o poder constituyente. La dictadura soberana era una dictadura que se utilizaba para el fin específico de deshacer la constitución vieja y elaborar una constitución nueva. “Por ello, este poder dictatorial es soberano, pero únicamente como «transición» y, debido a su dependencia respecto del cometido a desempeñar, lo es en un sentido completamente distinto al del monarca absoluto o al de una aristocracia soberana. El dictador comisarial es el comisario de acción incondicionado de un *pouvoir constitué*; la dictadura soberana es la comisión de acción incondicionada de un *pouvoir constituant*” (Schmitt, 1985, p. 193). El término dictadura soberana, híbrido entre la dictadura del proletariado y soberanía popular, busca corregir o aliviar un miedo recurrente entre las élites económicas de la época y era la “tendencia de un pueblo permanentemente reunido para poner en tela de juicio los derechos de propiedad, y la legitimidad de todas las formas de inequidad esto era la línea que podía llevar de la soberanía popular a algo mucho más mortífero: la llamada dictadura del proletariado”<sup>10</sup> (Balakrishnan, 2000, p. 36). Por tanto, lo que buscaba Schmitt era que por medio de la dictadura soberana se limitara en cierta medida la soberanía popular, estableciendo que esta se tenía que disolver una vez cumplida su labor, es decir, evitar que la soberanía popular se convirtiera en una dictadura del proletariado.

Esta animosidad contra el proletariado terminó contribuyendo a que se categorizara a Schmitt como intelectual de la derecha dura. Esto para él, en ningún momento implicó anti-republicanismo, sino más bien la búsqueda de métodos de defensa de la República de Weimar en instituciones que la pudieran salvar del ambiente de guerra civil que se vivía en los primeros años de su existencia. Es más: con el concepto de dictadura soberana, reafirmaba la legitimidad y legalidad de la República, ya que establecía que la Asamblea Nacional, al ser elegida por el pueblo soberano, era libre de hacer una nueva constitución, rechazando el argumento de los guillermínos en el sentido de que la nueva constitución era ilegal al no haberse generado en un método establecido por la vieja constitución:

---

10 Traducción propia.

La dictadura soberana ve ahora en la ordenación total existente la situación que quiere eliminar mediante su acción. No suspende una Constitución existente valiéndose de un derecho fundamentado en ella y, por tanto, constitucional, sino que aspira a crear una situación que haga posible una Constitución, a la que considera como la Constitución verdadera. En consecuencia, no apela a una Constitución existente, sino a una Constitución que va a implantar. Habría que creer que semejante empresa quedaría sustraída a toda consideración jurídica. Porque, jurídicamente, el Estado solo puede ser concebido en su Constitución, y la negación total de la Constitución existente tendría que renunciar propiamente a toda fundamentación jurídica, toda vez que la Constitución a implantar no existe todavía, según sus propias premisas, por lo que se trataría de una mera cuestión de poder. Pero no es así cuando se toma un poder que no está él mismo constituido constitucionalmente, a pesar de que guarda tal conexión con cada Constitución existente, que aparece como el poder fundamentador, aun cuando nunca sea abarcada por él, por lo que, en consecuencia, tampoco puede decirse que lo niegue la Constitución existente. Este es el sentido del *pouvoir constituant* (Schmitt, 1985, pp. 182-183).

Las ideas ya presentes sobre el estado de excepción las viene a desarrollar de una forma más detallada en su *Teología Política*. El título del libro viene de la frase con la que inicia el tercer capítulo, que declara: “Todos los conceptos significativos de la moderna teoría del Estado son conceptos teológicos secularizados” (Schmitt, 2002, p. 43). Algo importante para aclarar, es que el título es precisamente teología política, y no política teológica, y la intención de Schmitt es hacer teología política, es decir, usar términos e ideas de la teología católica, que le ayuden a entender y a explicar el mundo en que vivía. No buscaba mostrar las nociones políticas que se encuentran en la teología. Nada más lejano de su mente que hacer política religiosa, pero esto a menudo confunde a muchos de los lectores apresurados de Schmitt.

Para Schmitt, lo importante en este libro no es saber cuál es la explicación de la soberanía, ni qué implica finalmente esta explicación –como sí le interesaba a Kelsen– sino que, por el contrario, le interesaba saber quién es el soberano. Quién es el que, en último término, tiene el poder político. Es por eso que desde la primera frase del primer capítulo de *Teología Política*, busca definir quién es el que en definitiva tiene el poder: “ES SOBERANO QUIEN DECIDE el estado de excepción” (Schmitt, 2002, p. 23). Esta expresión, que se encuentra tanto en trabajos posteriores (Schmitt, 1990, p. 55; 2009, p. 68), como en anteriores (Schmitt, 1985, p. 248), es para Kahn una de las frases más famosas en la historia de la teoría política (Kahn, 2012, p. 53). Esta sentencia se encuentra en el corazón mismo de la concepción política de Schmitt y nos dice mucho sobre la visión del mundo que él tenía. Un mundo donde no es lo usual o lo normal lo que importa, sino que es la excepción y lo extraordinario lo que interesa, donde lo que rige no es la norma sino la decisión. Y donde el soberano es el que decide sobre el estado de excepción. En la frase encontramos tres conceptos críticos: soberano, decisión

y estado de excepción, que solo se pueden entender en relación con ellos mismos, ya que, según Schmitt, se están refiriendo a un único fenómeno político.

La soberanía para Schmitt es un concepto límite, extremo, por tal motivo, solo se comprende en relación con otros conceptos límites. “El estado de excepción puede a lo sumo definirse como un caso de necesidad extrema, de peligro para la existencia del Estado o algo semejante, pero no describirse de forma concreta. Sólo en estas circunstancias cobra actualidad la pregunta acerca del sujeto de la soberanía, o sea sobre la soberanía en sí” (Schmitt, 2002, p. 23). Se necesita una decisión para poder resolver el estado de excepción, para poder resolver la crisis que está amenazando la existencia misma del Estado. Hay que aclarar que “No toda facultad extraordinaria ni cualquier medida policíaca o decreto de emergencia equivalen automáticamente a un estado de excepción. Para ello se requiere una facultad por principio ilimitada, es decir, la suspensión del orden vigente en su totalidad” (Schmitt, 2002, p. 27).

Schmitt es enfático en decir que la situación extrema no puede describirse en forma jurídica, ya que dejaría precisamente de ser extrema, y si es posible describirla, es factible también delimitar lo que debería pasar en esa situación: “No es posible delimitar con claridad tipificable cuándo existe un caso excepcional, ni es posible puntualizar lo que debe suceder cuando éste se da, si realmente se trata de un caso de excepción extrema y de su eliminación. Tanto las condiciones como el contenido de la competencia son necesariamente ilimitados” (Schmitt, 2002, p. 24). Es por eso que, quien decide cuándo hay un estado de excepción, es el soberano, pues tiene un poder ilimitado, absoluto, un poder que, parafraseando a Hobbes, recae incluso sobre la vida y la muerte.

La excepción, aunque no puede describirse completamente en términos jurídicos, sigue siendo jurídica, pues la excepción “es lo que no puede subordinarse a la regla; se sustrae de la comprensión general, pero al mismo tiempo revela un elemento formal jurídico específico, la decisión con total pureza” (Schmitt, 2002, p. 28). Una situación similar acontece en el caso del soberano ya que este “se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse *in toto*” (Schmitt, 2002, p. 24). El soberano no necesita que una norma autorice su decisión para establecer el estado de excepción, pero paradójicamente las decisiones que tome, sí son derecho. Esto es para Schmitt una clara muestra de que la autoridad “no necesita tener derecho para crear derecho” (Schmitt, 2002, p. 28). Es más, para el alemán, en claro contraste con Kelsen, “todo orden se deriva de una decisión” (Schmitt, 2002, p. 25), no de una norma. Se deriva de una decisión, ya que es esta la que puede traer orden al caos, porque “no existe una norma que pueda aplicarse al caos. Debe establecerse el

orden para que el orden jurídico tenga sentido. Hay que crear una situación normal, y es soberano el que decide de manera definitiva si este estado normal realmente está dado” (Schmitt, 2002, p. 28).

Hay que aclarar que el estado de excepción es, como su mismo nombre lo indica, excepcional; no debería ser lo usual dentro del Estado. Schmitt usa este concepto principalmente para mostrar las falencias de la teoría del Estado de Derecho liberal, que al “dividir las competencias e instaurar el control mutuo procura aplazar lo más posible la cuestión de la soberanía” (Schmitt, 2002, p. 24), y por consiguiente no logra entender cómo es de verdad el Estado. Así las cosas, el Estado es para Schmitt –en clara oposición con Kelsen– mucho más que un simple cúmulo de normas legales. El Estado es un lugar donde también existe lo político y la decisión.

Esta dualidad del Estado se logra ver perfectamente en el estado de excepción donde “está claro que el Estado sigue existiendo, pero que el derecho ha pasado a segundo término. En vista de que el estado de excepción sigue siendo algo distinto de la anarquía y el caos, aún subsiste un orden en el sentido jurídico, si bien no se trata de un orden jurídico. La existencia del Estado demuestra, en esta situación, una indudable superioridad sobre la vigencia de la norma jurídica” (Schmitt, 2002, p. 27). De manera que, para Schmitt el Estado no sería solamente el orden jurídico, sino también lo político. Ya lo había expresado en la primera frase del *Concepto de lo político* cuando dijo que “El concepto del Estado supone el de lo político” (Schmitt, 2009, p. 47).

Cuando Schmitt está analizando quién es el soberano, no se toma la molestia de aclarar de qué tipo de soberanía está hablando, si de soberanía popular, estatal o internacional. Precisamente porque para él, el único tipo de soberanía que puede existir es la estatal. Es más, no podría ser soberanía popular porque Schmitt “asume que el pueblo no es capaz de formar por sí mismo una voluntad unitaria, que necesita algo que podría entenderse como un intérprete de su propia voluntad” (Agapito, 2009, p. 23) y, por esta razón, no sería capaz de tomar la decisión fundamental, que es la de decidir cuándo hay estado de excepción. Lo mismo sucede en el orden internacional, los Estados nacionales no son capaces de formar una voluntad unitaria, y no existe ninguna autoridad por encima de ellos que pueda decidir el estado de excepción. Solamente dentro de un Estado nacional, para la visión subjetivista de Schmitt, podría darse la voluntad unitaria capaz de decidir un estado de excepción, por tanto, siempre que Schmitt está analizando quién puede ser el soberano está hablando de soberanía estatal. Además, Schmitt siguiendo a los juristas del *ius publicum europeum* y del derecho de gentes, personifica al Estado: hace la llamada “*international person analogy*” (Schmitt, 2005, p. 138) para la cual el Estado es un gran hombre, un Leviathan, un *magni homine*, y donde

el soberano no solo es el representante del Estado, sino que encarna a este *magni homine*. Se trata del subjetivismo llevado al extremo.

Antes de entrar a la comparación entre las ideas de estos dos autores, es bueno hacer un breve repaso de las ideas de Schmitt sobre la soberanía. Primero, Schmitt es un autor de coyunturas, y segundo las circunstancias volátiles y de inseguridad durante la revolución alemana como también los primeros años de la República de Weimar tuvieron un fuerte impacto en su pensamiento. En estos primeros años de la República, Schmitt estudia la soberanía de dos formas distintas: en su libro *La dictadura*, inicialmente, encuentra en la dictadura soberana una institución que, aunque es poder constituyente, se tiene que disolver cuando se proclama una constitución y, por consiguiente, no puede convertirse en dictadura del proletariado y de esa forma salvaguardar a la república. En *Teología política*, estudia el problema de la soberanía preguntándose quién es el soberano, y en una respuesta completamente subjetivista, encuentra que este es aquel que decide el estado de excepción.

### 3. La soberanía desde una óptica comparada: Kelsen y Schmitt

Algunos autores como Sanz Moreno plantean que las grandes diferencias metodológicas entre Kelsen y Schmitt, imposibilitan el diálogo entre los dos pensadores, o que en el mejor de los casos, lo único que se lograría es un “diálogo de sordos” (Sanz Moreno, 2002). Pero, a pesar de estas grandes diferencias metodológicas, que se tratarán más adelante, sí se puede hacer un diálogo entre las concepciones que cada uno tiene sobre la soberanía, ya que “las dos concepciones son sus modos de comprender el mismo universo social que experimentaron en común”<sup>11</sup> (Suganami, 2007, p. 520), pero desde diferentes metodologías. En términos neokantianos, son las diferencias metodológicas las que hacen que a pesar de que estudien el mismo fenómeno, terminen construyendo objetos diferentes. Tales diferencias también los llevan a preguntarse, dentro del mismo fenómeno, cosas muy diferentes; por un lado, a Kelsen le interesaba saber cómo se explicaba la soberanía, mientras que a Schmitt lo que le importaba era saber quién es el soberano.

Estas dos concepciones sobre la soberanía, son la forma en que cada uno intentó comprender el mismo fenómeno, pero partiendo desde diferentes supuestos y con diferentes metodologías. Las diferencias metodológicas entre Kelsen y Schmitt se encuentran: en primer lugar, en la forma de trabajo, ya que mientras Kelsen busca crear teorías generales y sistemas completos, Schmitt, es un autor que escribe según la coyuntura o momento histórico en el que vive. En segundo lugar, en

---

11 Traducción Propia.

los presupuestos filosóficos, respecto de los cuales Kelsen tiene una concepción neokantiana en la cual el sujeto crea su propio objeto de estudio, por lo que este no puede ser estudiado por dos métodos distintos, por tal motivo, debe separar *el ser* de su campo de estudio: *el deber ser*. Por su parte, Schmitt, desde su existencialismo decisionista, rechaza cualquier dualidad entre el ser y el deber ser, entre lo subjetivo y lo objetivo. En tercer lugar, en los objetivos teóricos, ya que el primero “busca la separación entre derecho y política, entre las normas jurídicas y el poder fáctico (la neutralización del poder desde el derecho), el segundo, su unión (la inserción de la situación excepcional y de la decisión en el derecho)” (Sanz Moreno, 2002, p. 8).

A pesar de las divergencias y de las grandes diferencias metodológicas, como ya se ha mencionado, los conceptos de soberanía de Schmitt y Kelsen pueden dialogar, debido a que ambos intentaron comprender la misma realidad social. No tiene importancia que la búsqueda de tal comprensión fuera hecha desde métodos completamente diferentes y ofreciendo soluciones distintas a los problemas que vivieron, lo que interesa es el contraste entre estas dos respuestas a un mismo fenómeno.

Córdova Vianello, en su libro sobre *Kelsen y Schmitt*, al hablar del control de constitucionalidad, menciona lo que a él le parecen dos conceptos esenciales para los autores, cuando dice “Las ideas de norma fundamental (que en cuanto tal es la “norma de normas”) y de poder soberano (que en cuanto tal es el “poder de poderes”) representan conceptos simétricos. Tanto la norma fundamental como el poder soberano tienen la tarea de “cerrar el sistema” (Córdova Vianello, 2007, p. 273). Esto es central, pues tanto la norma fundamental como el poder soberano (el poder que tiene aquel que decide sobre el estado de excepción), son conceptos últimos, entendidos como los puntos superiores de sus respectivas teorías, es decir, de los que derivan todos los demás: normas en Kelsen y decisiones en Schmitt.

La soberanía de la norma fundamental, puede ser controversial, pero la menciona el mismo Kelsen hablando del primado de orden estatal cuando dice que:

(...) más allá de esta norma fundamental, más allá de esta proposición jurídica originaria, no puede ya preguntarse por su fundamento ulterior, precisamente en virtud de su carácter de «supuesto». Y en ese supuesto básico radica lo que se llama la soberanía del orden jurídico estatal, constituido por dicha norma fundamental (Kelsen, 1972, p. 136).

Otro ejemplo de que la norma fundamental es soberana se lo puede encontrar cuando Kelsen habla de la unidad y unicidad del ordenamiento jurídico: “Si se concibe el orden jurídico como soberano, esto es, si se le presupone plenamente autónomo e independiente, no derivado ni susceptible de ser referido a ningún sistema ulterior, al afirmar la unidad del punto de vista se afirma, al propio tiempo,

la unidad y la unicidad del sistema, la exclusión de todo otro sistema —ya sea el de la naturaleza o cualquier otro sistema normativo—” (Kelsen, 1972, p. 137). Esta norma fundamental es supuesta en el primado de orden estatal, pero en el primado de orden internacional es una norma de derecho positivo, de la cual se desprende todo el ordenamiento internacional, como lo menciona Kelsen:

Como resultado de cuanto llevamos dicho, el fundamento de la validez constitutivo de la unidad del orden jurídico estatal se traduce en una norma, por medio de la cual se instaura una autoridad suprema, una fuente de Derecho. Desde el punto de vista del primado del orden jurídico estatal, esa norma tiene carácter hipotético: la norma fundamental no es creada por un legislador, sino «supuesta» por el conocimiento jurídico. Pero si se parte del primado del orden jurídico internacional, tiene que haber dentro de su ámbito una proposición jurídica positiva en la cual se determinen las supremas autoridades jurídicas dentro de los respectivos órdenes jurídico-estatales y se delimiten unos de otros, de modo fundamental, los respectivos ámbitos de validez —lo cual no es aplicable a la norma fundamental teórica en el caso del primado del orden estatal—. Con otras palabras: lo que desde el punto de vista del orden estatal es una hipótesis de la ciencia del Derecho, desde el punto de vista del primado del orden internacional es una proposición jurídica positiva. El supuesto teórico fundador de la unidad es, por así decirlo, ascendido en un grado; conviértese en la norma fundamental constitutiva del orden jurídico internacional y, por tanto, de la unidad del sistema jurídico total; es la hipótesis originaria del Derecho internacional (Kelsen, 1972, p. 165).

Por otra parte, es mucho menos controversial que en Schmitt la decisión soberana sea la decisión ulterior, y que por tanto, no hay ninguna decisión por encima de ellas, que cierra la teoría y que como su mismo nombre lo indica es soberana. Dos fragmentos tomados del propio Schmitt pueden ser ilustrativos: “Todo orden deriva de una decisión” (Schmitt, 2002, p. 25); y que el soberano “se ubica fuera del orden jurídico normal y con todo forma parte de él, porque le corresponde la decisión de si la constitución puede suspenderse *in toto*” (p. 24).

Por tanto, la norma fundamental y la decisión soberana, son el punto ulterior de cada una de las teorías. Son conceptos en cierto sentido simétricos, pues cumplen la misma labor que es cerrar o sellar la teoría. Expuesta esta simetría en los conceptos conviene analizar ¿qué implicaciones y consecuencias tiene para el mundo moderno cada concepto de soberanía expuesto?

Una de las posibles explicaciones sobre la soberanía en Kelsen, es el primado de orden internacional, en el cual al estar los Estados “sometidos al derecho internacional” (Kelsen, 1946, p. 71), permite que sea por lo menos intelectualmente posible, pensar en que se puede lograr la paz por medio del derecho, con la creación de “una organización internacional mediante la cual se evite efectivamente

la guerra” (Kelsen, 1946, p. 8). Esta paz por medio del derecho es una alternativa viable, a la única otra opción de una paz duradera, la cual es la paz a través de la guerra o del sometimiento de todos a un solo Estado, en una especie de *Pax Romana* contemporánea.

Esta visión de Kelsen buscaba la paz a través de la creación de un tribunal internacional que resolviera todos los conflictos que se dieran entre los Estados y de esta manera evitar la guerra. Este debería ser una jurisdicción obligatoria: “el tribunal internacional que la paz requiere debería constituir –según Kelsen– una jurisdicción fuerte, realmente obligatoria sin excepciones, es decir, una jurisdicción obligatoria para todos los conflictos internacionales cualquiera que sea su naturaleza” (García, 1999). El problema es si uno de los Estados no quiere cumplir, por lo cual la única solución es que se le declare la guerra, una guerra por la paz. Esta visión de Kelsen es un ideal loable, pero a la vez hay que tener en cuenta las críticas que hace Schmitt sobre las guerras por la humanidad y para la paz, donde se desnaturaliza por completo al enemigo, se le absolutiza tan plenamente que se le quita hasta su condición como ser humano, y por lo tanto lo único que hace es exacerbar la violencia que hay en ellas, recordemos este importante fragmento de Schmitt escrito en 1932:

Cuando un Estado combate a su enemigo político en nombre de la humanidad, no se trata de una guerra de la humanidad sino de una guerra en la que un determinado Estado pretende apropiarse un concepto universal frente a su adversario, con el fin de identificarse con él (a costa del adversario), del mismo modo que se puede hacer un mal uso de la paz, el progreso, la civilización con el fin de reivindicarlos para uno mismo negándoselos al enemigo. “La humanidad” resulta ser un instrumento de lo más útil para las expansiones imperialistas, y en su forma ético-humanitarista constituye un vehículo específico del imperialismo económico. Aquí se podría, con una modificación muy plausible, aplicar una fórmula acuñada por Proudhon: el que dice humanidad está intentando engañar. Aducir el nombre de la “humanidad”, apelar a la humanidad, confiscar ese término, habida cuenta de que tan excelso nombre no puede ser pronunciado sin determinadas consecuencias, sólo puede poner de manifiesto la aterradora pretensión de negar al enemigo la calidad de hombres, declararlo *hors-la-loi* y *hors l’humanité*, y llevar así la guerra a la más extrema inhumanidad (Schmitt, 2009, pp. 83-84).

Es por esto que Schmitt aboga porque se reconozca al otro como enemigo, como ser humano, que se reconozca al otro como diferente, que se reconozcan las diferencias. Pero a la vez el concepto de soberanía de Schmitt parece tener cada vez menos trascendencia, porque en un mundo tan normativizado como el de hoy, el estado de excepción, tal como explica Schmitt, parece estar cada vez más lejos de poder realizarse. Al mismo tiempo un soberano todopoderoso como el que describe Schmitt, que puede modificar a su antojo el derecho y el Estado sin ninguna

restricción, no es aceptable para las exigencias modernas. Considerar y tener en cuenta las críticas que hace Schmitt no significa suscribirnos completamente a sus teorías sino reconocerlas, para así poder por lo menos tener una oportunidad de resolver los problemas que amenazan hoy en día a las democracias liberales.

## Para concluir

Vale la pena señalar, que a pesar de las críticas válidas que se le puedan hacer al modelo kelseniano, este parece ser en esta época el modelo que mejor logra explicar el mundo moderno, un modelo que fue planteado hace casi noventa años pero que al mismo tiempo demuestra su vigencia y actualidad, con las múltiples instituciones de orden internacional, que hoy tienen una enorme injerencia y poder. Pero tampoco podemos olvidar las críticas que hace Schmitt, y tener en cuenta que en cualquier momento pueden surgir decisiones extralegales en las cuales, argumentando la defensa del orden, el soberano suspenda los derechos y garantías que existen en el ordenamiento jurídico y que se dan normalmente por sentadas. De ahí la importancia de estudiar y contrastar los conceptos que tienen tanto Kelsen como Schmitt, pues al corresponder a concepciones diferentes sobre el mismo fenómeno, nos permiten comprender mejor un fenómeno tan complejo como el de la soberanía.

## Referencias

- Agapito, R. (2009). *El Concepto de lo Político*. Madrid: Alianza Editorial.
- Aguilar, H. O. (Comp.). (2001). *Carl Schmitt, teólogo de la política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Balakrishnan, G. (2000). *The enemy: an intellectual portrait of Carl Schmitt*. London: Verso.
- Beaud, O. (1996). Soberanía. En P. Raynaud & S. Rials (Eds.), *Diccionario Akal de Filosofía Política* (736–745). Madrid: Akal Ediciones.
- Bobbio, N. (2003). *Teoría general de la política*. (M. Bovero, Ed.). Madrid: Trotta Editorial.
- Borja, R. (2003). Soberanía. *Enciclopedia de la Política*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Calsamiglia, A. (1997). En defensa de Kelsen. Working Paper n. 129. Barcelona: Universitat Pompeu Fabra.
- Carpizo, J. (2004). Globalización y los principios de soberanía, autodeterminación y no intervención. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, IV, 117–148.
- Córdova Vianello, L. (2007). La contraposición entre derecho y poder desde la perspectiva del control de constitucionalidad en Kelsen y Schmitt. *Revista Latinoamericana de Derecho*, año VI (7-8), 271–292

- Delgado Parra, M. C. (2009). El criterio amigo-enemigo en Carl Schmitt. El concepto de lo político como una noción ubicua y desterritorializada. *Revista Cuaderno de Materiales*, (14). Recuperado de <http://www.filosofia.net/materiales/num/num14/n14d.htm>
- García Amado, J. A. (2011). ¿Es posible ser antikelseniano sin mentir sobre Kelsen? En Montoya Brand, M. & Montoya Restrepo, N. (Eds.), *Hans Kelsen: El reto contemporáneo de sus ideas políticas* (19–94). Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- García Pascual, C. (1999). Orden jurídico cosmopolita y Estado mundial en Hans Kelsen. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (2). Recuperado de <http://www.uv.es/CEFD/2/pascual.html>
- Gaviria Díaz, C. (1981). Superación de los dualismos jurídicos en Kelsen. *Estudios de Derecho*, XL (99), 363–386.
- Haffner, S. (2005). *La Revolución Alemana de 1918 - 1919*. Barcelona: Inédita.
- Kahn, P. W. (2012). *Teología política: cuatro nuevos capítulos sobre el concepto de soberanía*. (Morales de Setien Revina, C. Trad.). Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Kelsen, H. (1946). *La paz por medio del derecho*. (Echávarri, L. Trad.) Buenos Aires: Editorial Losada.
- Kelsen, H. (1958). *Teoría comunista del derecho y del estado*. (A. J. Weiss, Traductor). Buenos Aires: Emecé.
- Kelsen, H. (1972). *Teoría General del Estado*. (Legaz & Lacambra, L., Trad.). México: Editora Nacional.
- Kelsen, H. (1988). Los fundamentos de la democracia. En Ruíz Manero, J. (Ed.), *Escritos sobre democracia y socialismo* (207–344). Madrid: Debate.
- Kelsen, H. (1989). Forma de Estado y visión del mundo. En Correas O. (Ed.), *El Otro Kelsen*. México: UNAM.
- Kelsen, H. (1992). *Esencia y valor de la democracia. Forma de Estado y filosofía*. (Legaz y Lacambra, L. & Luengo Tapia, R., Trad.). México: Colofón.
- Kelsen, H. (1995). *Teoría General del Derecho y del Estado*. (García Maynes, E., Trad.). México: UNAM.
- Kelsen, H. (2009). *Teoría pura del derecho*. (Vernengo, R. J., Trad.) (16ta ed., p. 364). México: Porrúa.
- Krasner, S. D. (2001). *Soberanía, hipocresía organizada*. (Hierro, I., Trad.). Barcelona: Paidós.
- Losano, M. (2005). Entrevista a Mario Losano, entrevista de Manuel Atienza. *Doxa: Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28.
- Martínez Márquez, W. A. (2009). La dictadura como encarnación de lo político: anotaciones en torno a Carl Schmitt. *Estudios Políticos*, (34), 47–62.
- Matteucci, N. (1997). Soberanía. En N. Bobbio, N. Matteucci, & G. Pasquino (Eds.), *Diccionario de Política* (10 ed., Vol. H-Z, pp. 1483–1492). Siglo XXI Editores.

- Molina, J. (2008). Antischmittscher affekt. Notas para el "Caso Schmitt." En J. Giraldo Ramírez & J. Molina (Eds.), *Carl Schmitt: derecho, política y grandes espacios* (1era ed.). Medellín: Fondo Editorial Universidad EAFIT.
- Mouffe, C. (1999a). Introduction: Schmitt's Challenge. En C. Mouffe (Ed.), *The Challenge of Carl Schmitt* (pp. 7-17). London: Verso.
- Mouffe, C. (1999b). *El retorno de lo político*. Barcelona: Paidós.
- Mouffe, C. (2002). Carl Schmitt y la paradoja de la democracia liberal. *Tópicos. Revista de Filosofía de Santa Fe*, (10), 5-25.
- Ruthers, B. (2004). *Carl Schmitt en el Tercer Reich: ¿La ciencia como fortalecimiento del espíritu de la época?* (Villar Borda, L. Trad.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Sanz Moreno, J. A. (2002). *Ordenación jurídica y estado postliberal: Hans Kelsen y Carl Schmitt*. Granada: Comares.
- Schmitt, C. (1985). *La dictadura: desde los comienzos del pensamiento moderno de la soberanía hasta la lucha de clases proletaria*. Madrid: Alianza.
- Schmitt, C. (1990). *Sobre El Parlamentarismo*. (Nelsson, T. & Grueso, R., Trad.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Schmitt, C. (2002). Teología Política I. Cuatro capítulos sobre la teoría de la soberanía. En H. O. Aguilar (Ed.), *Carl Schmitt, teólogo de la política* (19-64). México: Fondo de Cultura Económica.
- Schmitt, C. (2005). *El Nomos de la Tierra en el derecho de gentes del "Jus publicum europeum"*. Buenos Aires: Editorial Struhart & Cía.
- Schmitt, C. (2009). *El concepto de lo político* (5ta ed.). Madrid: Alianza.
- Suganami, H. (2007). Understanding sovereignty through Kelsen/Schmitt. *Review of International Studies*, 33 (03), 511-530. Recuperado de [http://www.journals.cambridge.org/abstract\\_S0260210507007632](http://www.journals.cambridge.org/abstract_S0260210507007632)
- Villar Borda, L. (2006). La teoría pluralista del Estado de Kelsen y la globalización. *Revista de la Academia Colombiana de Jurisprudencia*, (333), 81-112.
- Wyduckel, D. (1998). La soberanía en la historia de la dogmática alemana. *Fundamentos - Cuadernos monográficos de Teoría del Estado, Derecho Público e Historia Constitucional*, (Primera Parte). (Ejemplar dedicado a: Soberanía y Constitución / coord. Ramón Punset Blanco), 203-294
- Zarka, Y. C. (2007). *Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt*. (Valladolid Bueno, T. Trad.) (1era ed.). Barcelona: Anthropos.
- Zolo, D. (2005). El globalismo judicial de Hans Kelsen. En Danilo Zolo. *Los Señores de la paz una crítica al globalismo jurídico* (21-45). Madrid: Dykinson.



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Ciudades sagradas N° 1  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.20 x 1.50 m  
Año: 1992

## *Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho\**

---

\* Artículo de investigación resultado del proyecto *Protección Legal de los Ecosistemas Estratégicos*, terminado en junio de 2013. Grupo de investigación *Familia, Género y Conflicto*, línea Bioética y Derecho de las nuevas tecnologías del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas de la Universidad Autónoma de Bucaramanga –UNAB–. Investigadora principal: Silvia Clavijo. E-mail: silviaclavijo123@gmail.com.

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a03

Fecha de recepción: 2 de febrero de 2015

Fecha de aprobación: 6 de mayo de 2015

# Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho

*Silvia Clavijo Prada*<sup>1</sup>

## Resumen

Las normas sobre protección de ecosistemas estratégicos que fueron identificadas y analizadas en el proyecto de investigación se encuentran en diversas reglamentaciones en materia ambiental. En el análisis de esta legislación se encuentra que los ecosistemas estratégicos en Colombia, no son *per se* bienes de uso público, ni constituyen una categoría de área protegida, y a pesar de que pueden ser protegidos por medio de la declaración de una de ellas, su protección se concibió por medio de otros instrumentos de ordenamiento ambiental del territorio.

El marco jurídico sobre protección de páramos y humedales, evidencia que el derecho ambiental colombiano tiene un enfoque tradicional que debe complementarse por normas que tengan el enfoque de instrumentos económicos. Es un reto para el derecho que implica tener en cuenta consideraciones sobre derechos adquiridos, limitaciones del derecho a la propiedad, áreas protegidas, tradiciones de comunidades indígenas y campesinas y mecanismos de desarrollo con el fin de que se logre el desarrollo sostenible.

**Palabras clave:** derecho ambiental, biodiversidad, servicios ambientales, áreas protegidas, pago por servicios ambientales.

## Development and strategic ecosystems conservation: a law challenge

### Abstract

The rules concerning the protection of strategic ecosystems identified and analyzed in this research project can be found in various environmental regulations. The analysis of existing legislation about strategic ecosystems in Colombia concludes that they are not *per se* public good, and they do not constitute a protected category in law. Even though they can be protected through some declaratives stated by law, its protection is attained by means of other instruments of environmental regulations on the territories.

The legal framework about wetland and moors shows that the environmental legal system in Colombia has a traditional approach that should be complemented by norms with an economic or market-based instruments approach. It is a challenge to Law that implies a series of considerations about property rights, protected areas, traditions of peasants and indigenous communities, and the development mechanisms in order to achieve a sustainable development.

**Keywords:** environmental law, biodiversity, environmental services, payment for ecosystem services

---

1 Profesora de Derecho Ambiental de la Universidad Autónoma de Bucaramanga –UNAB– 2008 – 2013; Abogada de la UNAB y especialista en Derecho del Medio Ambiente de la Universidad Externado de Colombia 2008; pertenece al grupo de investigación *Familia, Género y Conflicto*, línea Bioética y Derecho de las nuevas tecnologías del Centro de Investigaciones Socio-jurídicas. <http://www.unab.edu.co/portal/page/portal/UNAB/investigacion/investigacion-en-sentido-estricto/inicio?idcentro=5>

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Clavijo Prada, S. (2015). Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 41-59. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a03

# Protección de los ecosistemas estratégicos y desarrollo: un reto para el derecho

## Introducción

A pesar del fortalecimiento del derecho ambiental colombiano, con un sistema nacional ambiental definido por la Ley 99 (22 de diciembre 1993) de la República de Colombia, con un sistema de áreas protegidas (Decreto 2372, 01 de julio de 2010, Ministerio del Medio Ambiente), con leyes y reglamentos que regulan la protección de los recursos naturales renovables, con una Constitución Política (1991) que ha sido caracterizada por su fuerte componente *ecológico*, e incluso con pronunciamientos de la Corte Constitucional sobre el desarrollo sostenible y el derecho a gozar de un ambiente sano, aún se encuentran barreras para la consecución de un desarrollo basado en el uso sostenible de los recursos naturales renovables, particularmente en los páramos y humedales en Colombia.

El propósito de los instrumentos de política de derecho ambiental se ha concentrado mayormente en la restricción de uso del suelo en determinadas áreas donde se concentran la mayor biodiversidad, dejando de lado los factores económicos que inciden en que la *protección y conservación* se conviertan en elementos generadores de desarrollo para el país. Se considera que el desarrollo sostenible en las zonas donde se encuentran los páramos y humedales del país, constituye un reto para el derecho. Los instrumentos de política relevantes a la conservación de la biodiversidad en páramos y humedales no promueven el desarrollo sostenible de manera eficaz, su enfoque de comando-control requiere ser complementado con el de instrumentos económicos que posibilite la generación de alternativas justas y sostenibles para aquellos que viven en las áreas estratégicas del recurso hídrico. Sumado a lo anterior, el componente social también desempeña un papel relevante, dado que los elementos del desarrollo sostenible deben abarcarse en conjunto, por lo que se considera que la participación de la sociedad o población afectada, es indispensable para que estos instrumentos de política sean efectivos.

Siguiendo esta línea, en la primera parte de este artículo se presenta un análisis sobre la naturaleza jurídica de los recursos de la biodiversidad de los páramos y humedales desde el punto de vista del dominio, el cual se presenta desde dos opciones: una, los páramos y humedales desde la perspectiva de las áreas protegidas,

y dos, desde la perspectiva de ecosistemas estratégicos que no se encierran en un área protegida y la influencia del desarrollo sostenible en las medidas de protección y conservación. En esta parte también se presentan consideraciones sobre la minería en ecosistemas de páramos y humedales con el enfoque de los derechos adquiridos y el desarrollo sostenible de las poblaciones que habitan las zonas donde estos ecosistemas se encuentran. Finalmente, se presenta una reflexión sobre incentivos para la conservación de páramos y humedales.

Se utiliza un método descriptivo de las normas que componen el marco jurídico y se emplea un método analítico-propositivo, expuesto por medio de posturas y planteamientos personales, desde un punto de vista jurídico argumentativo.

A partir del análisis se concluye como resultado de la investigación que los ecosistemas de páramos y humedales no son una categoría de área protegida, no son bienes de dominio público y su protección está ligada a su identificación, delimitación, caracterización y formal declaración de un Plan de Manejo Ambiental que defina los usos del suelo adecuados. Los instrumentos de política para la protección y conservación de los páramos y humedales como ecosistemas estratégicos, no promueven el desarrollo de la región a partir del uso sostenible de la biodiversidad por medio de actividades alternativas<sup>2</sup>. En ese sentido se considera que el Estado debe obtener y difundir conocimiento pleno del territorio; los diferentes sectores deben intercambiar información sobre el territorio que sirva como base para la toma de decisiones; la participación de la población en la toma de decisiones que la afecten, es necesaria para que los instrumentos sean eficaces; un enfoque de instrumentos económicos debe ser incorporado a los instrumentos de política sobre conservación y protección de páramos, para que las poblaciones que habitan estas zonas tengan opciones de desarrollo sostenible.

## **1. Los ecosistemas de páramo y humedales y el derecho a la propiedad privada y a la libertad económica**

La finalidad del derecho antes del surgimiento del derecho ambiental solía ser regular las relaciones sociales. Posteriormente se extiende para regular las relaciones de la sociedad con la naturaleza, pues las actividades del hombre impactan los ecosistemas y este genera a su vez un impacto en la vida social. Esta nueva función del derecho a partir del surgimiento de los derechos colectivos, no pretende atribuirle al medio ambiente un carácter netamente conservacionista, la finalidad de

---

2 Educación ambiental, investigación, implementación de ciencia y tecnología, ecoturismo, negocios verdes, entre otros.

las regulaciones sobre el medio ambiente es equilibrar el desarrollo económico, en el que se mantenga la posibilidad de satisfacer las necesidades de las personas y, al mismo tiempo, asegurar la existencia de los recursos naturales renovables para que no se afecten ni presentes ni futuras generaciones en razón a su agotamiento.

La Constitución Política de 1991, en virtud de esa necesidad del Estado de regular las relaciones del hombre con la naturaleza, dispuso en el artículo 58 que el derecho a la propiedad privada está limitado como consecuencia de su función social y ecológica. Así mismo, en el artículo 334 establece que la libertad económica e iniciativa privada, pueden estar limitadas cuando así lo exija el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación. La función ecológica de la propiedad tiene fundamento en el carácter limitado del derecho de propiedad dado por los derechos colectivos, como el de gozar de un ambiente sano, y los derechos de las futuras generaciones. El Estado está facultado para limitar esos derechos debido a que la preservación del ambiente sano, es uno de los tres fines de intervención del Estado junto con la calidad de vida de los habitantes y la distribución equitativa de las oportunidades y beneficios del desarrollo.

El Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables, Decreto 2811 de 1974, fue expedido con el objetivo de: 1) lograr la preservación, restauración, conservación, mejoramiento y utilización racional de los recursos naturales renovables y 2) regular la conducta humana, individual colectiva y la actividad de la administración pública, respecto del ambiente y de los recursos naturales renovables y las relaciones que surgen del aprovechamiento y conservación de tales recursos. Por medio de esta norma, el Estado colombiano pretendió regular esa relación entre el hombre y la naturaleza.

En el artículo 4° de la norma en mención, se establece que aunque los recursos naturales renovables son de dominio público, sobre los elementos ambientales y los recursos naturales renovables *se reconocen los derechos adquiridos por particulares con arreglo a la ley*. En el mismo sentido, los artículos 42 y 43 determinan la viabilidad de la propiedad privada sobre recursos naturales renovables, sujeta a las limitaciones y restricciones derivadas de la función ecológica de la misma. El artículo 43 del código determina que *el derecho de propiedad privada sobre recursos naturales renovables deberá ejercerse como función social*.

Teniendo en cuenta los artículos 50, 51 y 52 del código, el uso y aprovechamiento de recursos naturales renovables de dominio público requiere permiso del Estado. La obtención de los permisos para el uso y/o aprovechamiento de recursos naturales renovables, no transfieren el dominio del recurso al concesionario, no privatizan el recurso, por el contrario el Estado sigue siendo el titular y no se desprende de ésta a pesar de la concesión, como por ejemplo, la concesión de aguas de dominio público.

Lo que también implica que el Estado siga siendo el responsable de su preservación, responsabilidad que cumple por medio de la asignación de deberes a los beneficiarios de las concesiones. Esto se da en razón a que hay determinados recursos naturales que son vitales y, por tanto, su apropiación puede llegar a ser inconstitucional.

En ese sentido, las áreas donde se encuentran los ecosistemas de páramo y humedales pueden ser objeto de propiedad privada a pesar de que para el uso y aprovechamiento de los recursos naturales renovables en particular, se requiera permiso.

### 1.1 Ecosistemas de páramo y humedales en áreas naturales protegidas

Ahora bien, en el artículo 63 de la Constitución Política de 1991, se establece que *los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables*. De manera que si dentro del área de un parque natural o de una tierra comunal se encuentra un ecosistema de páramo o humedal, ya no podrá ser este objeto de propiedad privada, y la protección y conservación del mismo, se someterá a las reglas que rigen el área protegida. Entonces las áreas de ecosistemas de páramos y humedales, pueden ser también de dominio público o colectivo.

Los páramos y humedales no constituyen una categoría de área protegida. Las áreas protegidas en Colombia se regularon en el título II de la parte VI del Código Decreto Ley 2811 de 1974, en el que se dispuso que son áreas de manejo especial, aquellas que se delimitan para administración, manejo y protección del medio ambiente y de los recursos naturales renovables y, reitera que la declaración de estas áreas, deberá fundarse en estudios ecológicos, económicos y sociales, además de tener unos objetivos determinados.

La clasificación de áreas de manejo especial del código es la siguiente: Distritos de Manejo Integrado – DMI-, Cuencas Hidrográficas, Distritos de Conservación de Suelos, y Sistema de Parques Nacionales (Los parques Nacionales Naturales son bienes de uso público según el art. 63 de la Constitución Política del 1991).

En la Carta de 1991, tampoco se encuentra referencia a los páramos y humedales como áreas de especial importancia ecológica o áreas protegidas. La Ley 99 de 1993 por su parte, definió las competencias de las autoridades ambientales en cuanto a la administración de las áreas protegidas, estableciendo en el artículo 5° la competencia de las Corporaciones Autónomas Regionales CAR de *reservar, alinear y administrar, en los términos y condiciones que fijen la ley y los reglamentos, los distritos de manejo integrado, los distritos de conservación de suelos, las reservas forestales y parques naturales de carácter regional, y reglamentar*

*su uso y funcionamiento y Administrar las Reservas Forestales Nacionales en el área de su jurisdicción.* Con lo anterior, adhiere las reservas forestales y parques naturales de carácter regional como categorías de área protegida.

Por su parte, el Decreto 3272 de 2010 del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, estableció en el artículo 10 que las categorías de áreas protegidas son: Áreas protegidas públicas, Las del Sistema de Parques Nacionales Naturales, Las Reservas Forestales Protectoras, Los Parques Naturales Regionales, Los Distritos de Manejo Integrado, Los Distritos de Conservación de Suelos y Las Áreas de Recreación; las Áreas Protegidas Privadas, son las Reservas Naturales de la Sociedad Civil.

Esta vez en los artículos 28 y 29 se hace mención a los ecosistemas estratégicos. Primero, en el artículo 28 se establece que los sitios Ramsar, a pesar de que no son categorías de áreas de manejo especial, son “complementarias para la conservación de la diversidad biológica”. Y en el artículo 29 se establece que los ecosistemas estratégicos gozan de especial protección y en ese sentido deben “adelantarse acciones tendientes a su conservación y manejo, las que podrán incluir su designación como áreas protegidas bajo alguna de las categorías de manejo previstas en el presente decreto”.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, cuando los ecosistemas de páramo y/o humedales se encierran en un área natural protegida, las condiciones para el desarrollo sostenible dependen de las condiciones establecidas en el plan de manejo del área. A pesar de lo importante que resulta la protección de estos ecosistemas, la mayoría de los habitantes de estas áreas, ya sean campesinos, colonos, afrodescendientes o indígenas, viven en condiciones de pobreza. Alrededor de 93 mil personas que habitan los parques naturales viven en condiciones de pobreza (Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica ANDES 2013).

Aún las estrategias de las autoridades que tienen a cargo la administración de estas áreas no llegan a impactar de manera positiva esta situación. A las personas que habitan las áreas protegidas se les imponen obligaciones para conservar los recursos naturales que proveen servicios ambientales para una gran parte de la población del país, sin embargo, no reciben nada a cambio.

## **1.2 Ecosistemas de páramo y humedales que no conforman áreas protegidas**

### **1.2.1 Humedales.**

El artículo 2° de la Resolución 157 de 2004 del hoy Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible declara que los humedales son bienes de uso público.

La naturaleza jurídica que esta norma le da a los humedales parece convertirlos en bienes inalienables, imprescriptibles e inembargables; sin embargo, al no tratarse de una Ley de la República en la que se haga tal pronunciamiento, los efectos de esa declaración son limitados. Por la normativa subsiguiente a la Resolución 157, se puede concluir que en Colombia los humedales no tienen *per se* la categoría de bienes de uso público. Por ejemplo, la Ley 1450 de 2011 determina que en estos ecosistemas puede desarrollarse actividades agropecuarias, de exploración de alto impacto y explotación de hidrocarburos y minerales con base en estudios técnicos, económicos, sociales y ambientales.

A pesar de que pueda considerarse que no tienen naturaleza de bien público, sí gozan de especial protección, incluso aquellos denominados *humedales al interior de Colombia* que son los que no hacen parte de la lista de humedales Ramsar.

El artículo 5° de la Ley 99 de 1993, le asigna al Ministerio del Medio Ambiente la responsabilidad en relación con los humedales, estableciendo que: “le corresponde regular las condiciones de conservación y manejo de ciénagas, pantanos, lagos, lagunas y demás ecosistemas hídricos continentales”. Sin embargo, solo hasta 1997 con la ley que ratifica el convenio Ramsar, se reglamenta la protección de estos ecosistemas en Colombia. La Ley 357 de 1997 incorporó el concepto de *humedal* y, además, se asumió la tarea de planificar el manejo tanto para los humedales declarados sitios de importancia internacional, como para aquellos que no lo son.

Gracias al enfoque eco-sistémico establecido por el Convenio de biodiversidad, se promueve el manejo de los recursos naturales a través de “la integración de los factores ecológicos, económicos y sociales dentro de un marco geográfico definido principalmente por límites ecológicos”. Como resultado, el Ministerio del Medio Ambiente estableció la Política Nacional para Humedales Interiores de Colombia (2002), por medio de la cual se establecen los lineamientos del enfoque eco-sistémico adaptado a humedales, planteando entonces que para alcanzar los objetivos de manejo, se deben tener en cuenta las condiciones ambientales que limitan la productividad y, de acuerdo con los servicios ambientales que prestan, debe promoverse su uso sostenible.

Ahora bien, la Ley 388 de 1997 establece que los municipios y distritos en virtud de las funciones constitucionales de ordenamiento del territorio deberán, al momento de hacer los planes o esquemas de ordenamiento territorial, localizar las áreas que deban ser conservadas y recuperadas e identificar los ecosistemas de especial importancia. También les corresponde clasificar los suelos en urbanos, rurales o de expansión y dentro de cualquiera de estas tres clases, puede existir lo que se define como suelo de protección.

Sumado a lo anterior, la Resolución 157 de 2004 del Ministerio del Medio Ambiente establece que la Unidad Administrativa del Sistema Nacional de Parques Naturales, las Corporaciones Autónomas Regionales y las de Desarrollo Sostenible, los grandes centros urbanos y las Autoridades Ambientales Distritales, debieron en el término de 24 meses contados a partir de la expedición de la guía técnica, elaborar y ejecutar los planes de manejo ambiental para los humedales de su jurisdicción, una vez los mismos hayan sido delimitados, caracterizados y zonificados. Esa guía técnica fue expedida el 01 de febrero de 2006, por tanto, los humedales de Colombia, debieron quedar no solo identificados, sino también delimitados, caracterizados, zonificados y con un plan de manejo ambiental establecido al 31 de enero de 2007.

Adicionalmente, el artículo 9° de la Resolución 157 de 2004, determinó el régimen de usos de los humedales. Al analizar esta norma y lo establecido en la Ley 388 de 1997 sobre las determinantes ambientales, puede concluirse que ese régimen de usos que se establezca en virtud de la identificación, delimitación, caracterización, zonificación y posterior Plan de Manejo, debe tener efectos al público y para que eso ocurra, el Plan de Manejo Ambiental –PMA- no solo debe ser aprobado por medio de un acto administrativo, como lo establece el artículo 12 de la Resolución 157 de 2004, modificado por el artículo 1° de la Resolución 1128 de 2006, sino que además, debe ser incorporado al Plan de Ordenamiento Territorial –POT- del municipio, de manera que los actuales propietarios de los predios en donde los humedales se encuentran localizados, conozcan de las limitaciones al uso del suelo.

En Santander, los humedales del Magdalena medio fueron identificados, delimitados y caracterizados por la Corporación Autónoma Regional de Santander –CAS–; sin embargo, tal trabajo no tiene efectos frente a terceros debido a que no se formalizó por medio de un acto administrativo, ni fue incorporado a los Planes de Ordenamiento Territorial de los municipios con jurisdicción en la zona donde se ubican estos humedales.

El incumplimiento de lo ordenado en la Resolución 157 de 2004, da lugar a que el artículo 202 de la Ley 1450 de 2011, Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, ordene a las Corporaciones Autónomas Regionales, las de Desarrollo Sostenible, los grandes centros urbanos y los establecimientos públicos ambientales, zonificar, ordenar y determinar el régimen de usos de esos ecosistemas.

Durante este período, mientras se zonifican, ordenan y determinan los regímenes de uso de los humedales, los proyectos agropecuarios, y la exploración y explotación de hidrocarburos y minerales, serán legítimos y queda a consideración de las autoridades ambientales, para el caso de la minería, otorgar los permisos de ley, lo cual en virtud del principio de precaución puede evitarse.

### 1.2.2 Páramos.

No existe un tratado de derecho internacional que haya liderado la promulgación de una ley de la República para la protección de los páramos, de manera que la protección legal de estos ecosistemas, específicamente tiene lugar a partir de la Resolución 769 de 2002 del Ministerio del Medio Ambiente. La norma en mención se expidió con fundamento en lo establecido en el artículo 1° de la Ley 99 de 1993 por medio del cual se determinó que los páramos son zonas de protección especial, y en la Ley 373 de 1997 por medio de la cual se precisa que las zonas de páramo deben ser adquiridas y estudiadas en su capacidad de oferta de servicios y bienes ambientales.

Los páramos representan un ecosistema de singular riqueza y que es indispensable para el equilibrio eco sistémico, por lo que la Resolución 769 de 2002 del Ministerio del Medio Ambiente, ordenó a las Corporaciones Autónomas Regionales y Grandes Centros Urbanos, realizar un estudio del estado de los páramos en su jurisdicción, estudio que consistía en: ubicación, determinación de su extensión, caracterización social, económica y ecológica. Como resultado del estudio se ordenó la declaración de áreas protegidas (Resolución 769, 2002) o la elaboración de un Plan de Manejo Ambiental, según el artículo 4°, los cuales deberán determinar la zonificación y ordenación ambiental del territorio y por lo tanto el régimen de usos del suelo.

El plazo que esta norma otorgó a las autoridades ambientales para concluir el estudio del estado actual de los páramos de su jurisdicción, fue de un año a partir de la expedición de los términos de referencia emitidos por el Ministerio; y a partir de la culminación del estudio, dos años para la formulación de los Planes de Manejo Ambiental. Los términos de referencia fueron expedidos el 01 de agosto de 2003 mediante la Resolución No. 0839 y según el artículo 10 de esta norma, al culminarse tanto el estudio como el PMA, debía remitirse al Ministerio del Medio Ambiente para su revisión y aprobación para que, posteriormente, fuera adoptado por la autoridad ambiental regional para su implementación; sin embargo, el Ministerio mediante Resolución 1128 de 2006 modifica el artículo 10° de la Resolución 0839 y establece que el PMA será aprobado por el Consejo o Junta Directiva de la respectiva autoridad ambiental competente.

A pesar de lo anterior, algunos páramos aún hoy se encuentran desprotegidos porque no se estableció sobre ellos ningún PMA. Esta omisión resultó siendo significativamente costosa debido a que las políticas de desarrollo y las condiciones de seguridad en el país han cambiado, generando más opciones para el desarrollo de actividades extractivas y a más alto nivel. Las omisiones de las autoridades

ambientales se hicieron más evidentes cuando se profirió la ley que modificaba el código de minas, Ley 1382 del 18 de diciembre de 2010, pues al excluirse los páramos de la actividad minera había que saber primero dónde se ubican esos ecosistemas, su zonificación y delimitación.

El Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, Ley 1450 de 2011 por su parte, reiteró que los páramos están excluidos de la minería, y estableció que el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible será el encargado de su delimitación y, las Corporaciones Autónomas Regionales y Grandes Centros Urbanos, se encargan del proceso de zonificación, ordenamiento y determinación del régimen de usos con base en la delimitación. Para este fin otorga tres años a las Corporaciones, a partir de la delimitación que el ministerio proporcione. Situación que lleva a concluir que mientras transcurre el tiempo otorgado por la ley a las autoridades ambientales, se podrán seguir celebrando contratos de concesión minera y actividades agropecuarias en ecosistemas estratégicos.

Paralelo a la preocupación que para una parte de la población genera la posibilidad de explotación de estos ecosistemas, la población que vive en las áreas que componen estos ecosistemas, asumen la norma como una condena a la pobreza, sobre ellas recae el peso de la conservación por la que no reciben nada a cambio.

Según el artículo 45 del Código Nacional de los Recursos Naturales Renovables –CNRNR–, la declaración de reservas se hace con base en razones de necesidad para adelantar programas de restauración, conservación o preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente. El establecimiento de reservas de recursos debe estar acorde con las necesidades del país, además se deberá valorar el costo-beneficio ecológico, ambiental y social de las actividades que puedan ocasionar el deterioro de los recursos naturales o la alteración de un ecosistema; también se deberán establecer planes y programas de protección y manejo de recursos naturales renovables; zonificar el país, estableciendo las áreas delimitadas para manejo especial y aquellas con graves problemas ambientales y de manejo<sup>3</sup>; velar por la explotación eficiente, compatible con su conservación y acorde con los intereses colectivos, de los recursos naturales renovables; y se deberá planear la compatibilidad entre el desarrollo económico del país y la protección del medio ambiente.

El Estado al momento de limitar el derecho a la propiedad privada proveniente de la declaración de un área protegida y en virtud de los principios de prevención y precaución del derecho ambiental, debe tener en cuenta que el derecho a la li-

3 En concordancia con lo establecido en el artículo 30, que estableció que para la adecuada protección del ambiente y de los recursos naturales, el Gobierno Nacional debía establecer las políticas y normas sobre zonificación.

bertad de la actividad económica (artículo 333 C.P.), se garantiza por medio de la constitución de unas reglas claras de juego, del acceso oportuno a la información y sobre todo de la expedición de leyes conocidas como de intervención económica, en virtud del principio del Desarrollo Sostenible.

## 2. La minería en ecosistemas de páramo y humedales

El derecho a explotar los recursos naturales no renovables se adquiere, según el artículo 14 del código de minas (Ley 685 de 2001), mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. Como se había ya mencionado, el contrato de concesión no transfiere al beneficiario un “derecho de propiedad de los minerales “in situ” sino el de establecer, en forma exclusiva y temporal dentro del área otorgada, la existencia de minerales en cantidad y calidad aprovechables, a apropiárselos mediante su extracción o captación y a gravar los predios de terceros con las servidumbres necesarias para el ejercicio eficiente de dichas actividades”.

En el artículo 48 *ibidem*, se dispuso que el concesionario de minas no requiera licencias, permisos o autorizaciones que no estén relacionadas en el código de minas, excepto, las de competencia de la autoridad ambiental. En concordancia con esto, el Decreto 2820 de 2010 establece que la obtención de la licencia ambiental es un prerequisite, es una condición previa para ejercer los derechos provenientes de licencias expedidas por otras autoridades. Los permisos para el uso, aprovechamiento y/o explotación de los recursos naturales renovables deben haber sido conseguidos antes de que se inicien las labores. Es decir, los derechos a explotar los recursos naturales no renovables se adquieren cuando se obtuvo la concesión minera y la licencia ambiental.

La Contraloría General de la República en el oficio 80110 del 23 de agosto de 2012, advirtió al Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible sobre los riesgos de daño ambiental de esos ecosistemas por el desarrollo de proyectos, obras y actividades que se han permitido en ellos como consecuencia de “*la demora en la adopción de los planes de Manejo Ambiental, ordenación, declaración y delimitación de los ecosistemas de páramo del país, en las escalas adecuadas y la información de referencia suficiente y necesaria sobre su valor ecológico, según sus atributos y funciones eco-sistémicas*”.

Ya antes la Contraloría había advertido a la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga –CDMB-, en oficio 4120-E1-21391 del 23 de febrero de 2012, sobre el riesgo ambiental dado por la superposición de

títulos mineros con el área del páramo de Santurbán, títulos otorgados en 1994 bajo la vigencia del Decreto 2655 de 1988 que han sido adquiridos por empresas multinacionales, y se encuentra que no solo cambiaron de modalidad de licencia minera a contrato de concesión (Ley 685 de 2001), sino que además fueron inscritos en el Registro Minero, y que a pesar de estar superpuestos con áreas de páramo y de que el hoy Ministerio del Medio Ambiente y de Desarrollo Sostenible hubiera adoptado la Cartografía elaborada y proporcionada por el Instituto Alexander Von Humboldt (Resolución 937, 2011), el hecho de que las corporaciones como la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga –CDMB-, no hubieran desarrollado los estudios técnicos para la delimitación del ecosistema aún, da lugar a que la actividad minera en esas áreas sea legal, y cualquier decisión contraria pueda tenerse como una violación al principio de la confianza legítima en el Estado, al principio de legalidad y una violación a la seguridad jurídica que debe imperar en un Estado Social de Derecho.

Es así, entonces, como las concesiones mineras para la explotación de áreas de páramo o humedal que no han sido delimitadas, están generando una expectativa y puede generar la responsabilidad del Estado debido a que se sientan sobre la base de acciones u omisiones estatales prolongadas en el tiempo, agudizando la problemática de protección de los ecosistemas estratégicos por un lado, y debilitando la economía del país por otro. La decisión sobre si otorgar la licencia ambiental a estos proyectos, enfrenta la aplicación de principios base del Estado Social de Derecho, como el principio de legalidad y el interés general prima sobre el particular, y principios del derecho ambiental, como el de precaución.

En cuanto al principio de precaución vale la pena mencionar lo que la Corte Constitucional expresó en la Sentencia C-293 de 2002 respecto al mismo: *“Cuando la autoridad ambiental debe tomar decisiones específicas, encaminadas a evitar peligro de daño grave, sin contar con la certeza científica absoluta, lo debe hacer de acuerdo con las políticas ambientales trazadas por la ley, en desarrollo de la Constitución, en forma motivada y alejada de todas posibilidad de arbitrariedad o capricho”*. Recalca que para la aplicación del principio deben cumplirse los siguientes supuestos: 1. Que exista peligro de la ocurrencia de un daño; 2. Que el daño sea irreversible; 3. Que exista un principio de certeza aunque no sea absoluto; 4. Que la decisión de la autoridad esté encaminada a impedir la degradación del medio ambiente y 5. Acto motivado y excepcional.

El debate en torno a la actividad minera en zonas sobre las que se otorgaron derechos, en las que se están adelantando los estudios para delimitación de páramos o humedales, se ha quedado en determinar si efectivamente, genera daños irreversibles al medio ambiente, situación que tiene que probar la autoridad ambiental competente

sin tener las suficientes herramientas y capacidades para hacerlo, poniendo en desventaja al Estado y en mayor situación de inseguridad a los habitantes de la zona, a quienes no se les ofrecen opciones de desarrollo alternativas que sean costo-eficientes.

### **3. Incentivos para la conservación de páramos y humedales**

La ley ambiental en Colombia ha sido expedida desde el enfoque tradicional, es decir, se han establecido unas normas y controles de manera que su incumplimiento tenga como consecuencia una sanción. Con este enfoque del derecho ambiental se logra que, cuando la norma es clara y brinda seguridad jurídica, los particulares se obliguen a cumplir tales determinaciones, de lo contrario estarán sujetos a las sanciones que la ley ambiental ha establecido.

El enfoque de pago por servicios ambientales tiene base en la internalización de las externalidades ambientales por medio del establecimiento de precios apropiados y de crear incentivos financieros. El esquema de pagos por servicios ambientales se trata de que los propietarios de los predios ubicados en las áreas donde las aguas nacen (los páramos), deben aceptar las limitaciones o diversificación de las actividades que desarrollan, a cambio de un beneficio económico. De esta manera se construye un puente entre los propietarios o poseedores de los predios ubicados en las zonas de alta montaña y aquellos ubicados aguas abajo y beneficiarios de las mismas (vendedores y compradores), y así todos ganan y ayudan en la protección de esos ecosistemas (Greiber, 2009).

El enfoque del derecho con base en instrumentos económicos, ha sido posible gracias a los principios y algunas normas del Estado Social de Derecho establecido en la Constitución de 1991. Por ejemplo, la limitación a la propiedad privada por su función social y ecológica, los bienes de uso público y el ordenamiento del territorio, constituyen derroteros que posibilitan desarrollar nuevas normas encaminadas a establecer mecanismos alternativos de desarrollo a partir de la conservación. Particularmente nótese que la Ley 99 de 1993 en el artículo 111, luego modificado por el 210 de la Ley 1450 de 2011, establece que las áreas de importancia estratégica para conservación del recurso hídrico son de interés público y, por tanto, los departamentos y municipios deben destinar el 1% de sus ingresos corrientes para adquirir las o para financiar esquemas de pago por servicios ambientales.

Con el reciente Decreto 953 de 2013 se reglamentó el artículo 210 de la Ley 1450 de 2011, específicamente, sobre los esquemas de pagos por servicios ambientales, definidos como el incentivo en dinero o especie, que por medio de contratos las entidades territoriales reconocen transitoriamente a los propietarios y/o poseedores

de predios ubicados en las áreas de importancia estratégica, a cambio de un uso para la conservación o recuperación de ecosistemas naturales. Es conveniente señalar que los predios deben pertenecer al área identificada y delimitada como área de importancia estratégica por parte de las Corporaciones Autónomas Regionales (artículo 4), y las entidades territoriales deberán seleccionar los predios a adquirir, mantener o a favorecer con el pago por servicios ambientales (artículo 5). Además el incentivo será transitorio y durará mientras la entidad territorial adquiere los predios (artículo 8). Las Autoridades Ambientales, según el parágrafo 4 del artículo 9, podrán en el marco de sus competencias, “efectuar aportes técnicos, financieros y operativos requeridos para la consolidación del instrumento de pagos por servicios ambientales”.

Las autoridades ambientales enfrentan problemas para entender el alcance de estos mecanismos de desarrollo, lo cual se evidencia en la falta de comprensión de sus competencias para estos fines. Un ejemplo es el reciente esquema de pago por servicio ambiental establecido por la Corporación Autónoma Regional para la Defensa de la Meseta de Bucaramanga mediante la Resolución No. 892 del 18 de Julio de 2013. Esta norma ofrece un pago de veintiocho mil pesos m.l. (\$28.000) colombianos por hectárea, a cambio del desarrollo de actividades de protección. Pese a las buenas intenciones que pueda haber detrás de esta norma, existen varias inconsistencias jurídicas de fondo que no permiten la efectividad de este instrumento económico. La primera es el hecho de que las Corporaciones Autónomas Regionales no son entidades territoriales y en tal sentido, según el Decreto 953 de 2013 no son competentes para establecer Esquemas de pagos por servicios ambientales –PSA-, sino como lo estableció el artículo 4 y el parágrafo 4 del artículo 9 del decreto en mención, son competentes para identificar y delimitar las áreas de importancia estratégica y para hacer aportes técnicos, financieros y operativos para la consolidación de tales instrumentos. La segunda se da en razón a la desproporción en el beneficio económico.

La aproximación al enfoque de instrumentos económicos que hace la legislación ambiental colombiana inoficiosa, por el contrario sienta bases del futuro del derecho ambiental. Sin embargo, sigue siendo un reto llegar, por ejemplo, a establecer un mercado de servicios ambientales por medio de créditos o bonos (precio) dados por el desarrollo de labores de conservación que un individuo haga, los cuales pueden venderse a quien tenga la obligación de compensar un daño al medio ambiente. En este último caso, la ley tiene el reto de definir cuáles son esas actividades que aportan en realidad a la conservación de los ecosistemas, así como las actividades que producen un impacto negativo al medio ambiente y requieren compensación por parte de quien las desarrolló. Para el caso colombiano, podría empezarse con

aquellos que son sancionados, en virtud del régimen sancionatorio ambiental, a compensar un daño ocasionado a un recurso natural renovable. Para lograr este fin, la Unión Internacional para la Conservación de la Naturaleza –IUCN- por sus siglas en inglés, ha señalado la necesidad de un marco jurídico que establezca la apertura, administración y cierre de bancos de mitigación que aseguren el comercio justo, y que garantice a su vez, el cumplimiento de su finalidad. Al mismo tiempo debe contemplar un sistema de seguros y responsabilidades que garantice el éxito de la administración (Greiber, 2009).

Adicional al comercio de bonos y/o créditos, la ley puede establecer “fondos verdes”, incentivos tributarios que se materializan por medio de la exención del pago de determinados impuestos o la deducción de otros. Sobre esta materia Colombia ha incentivado proyectos de hidroeléctricas y de irrigación por medio de los beneficios económicos.

## **Conclusiones**

Los ecosistemas de páramo y humedales pueden ser bienes de dominio público cuando conformen un parque natural y está protegido cuando contiene alguna de las categorías de área protegida.

Los páramos y humedales no son categorías de áreas protegidas, su protección puede derivar de la declaración de una de estas; sin embargo, al ser ecosistemas estratégicos, el Estado les ha asignado una condición especial que para que genere efectos hacia terceros, debe estar debidamente identificado, delimitado y declarado formalmente su Plan de Manejo Ambiental.

Teniendo en cuenta que la zonificación y el régimen de usos del suelo se establecerán solo hasta el 2016 o 2017, no es claro en qué condiciones se tramitan licencias ambientales para la ejecución de proyectos mineros en zonas de ecosistemas estratégicos.

La decisión de negar una licencia ambiental, puede fundarse en la aplicación del principio de precaución dado por el desconocimiento de que la zona donde se pretende el proyecto, sea parte de un ecosistema de páramo, o en lugar de negarse, si la autoridad ambiental lo considera viable, pueden establecerse condicionamientos de explotación y/o forma de ejecutar el proyecto, siempre y cuando se cuente con un equipo técnico idóneo que pueda determinar tales condiciones.

Planificación y ordenamiento del territorio. Se considera relevante que los municipios cuenten con personal calificado para establecer las estrategias de desarrollo

que tengan en cuenta la gestión de la biodiversidad como componente que impulse la economía de la región. Desarrollo a través del conocimiento pleno del territorio que se da a partir de su ordenación y zonificación, con lo que se permite conocer las aptitudes del mismo y, por consiguiente, las actividades viables.

El Desarrollo Sostenible implica la ejecución de actividades de educación ambiental, investigación, implementación de ciencia y tecnología, ecoturismo, negocios verdes, entre otros. Además es importante tener en cuenta que la planificación del desarrollo, debe hacerse de manera armónica entre las instituciones del Estado a todos los niveles y contando con la participación de las comunidades de los ciudadanos. Adicionalmente el ordenamiento ambiental debe también estar estructurado de conformidad con el ordenamiento minero y agroforestal que se haga en el territorio.

El enfoque actual del derecho ambiental en Colombia, es el tradicional de comando-control, el cual requiere ser complementado con aquel de instrumentos económicos que posibiliten la generación de alternativas justas y sostenibles para aquellos que viven en las áreas estratégicas del recurso hídrico, al menos mientras esas áreas pasan a manos del Estado. Para la conservación y protección de la biodiversidad, el componente social desempeña un papel relevante dado que los elementos del desarrollo sostenible deben abarcarse en conjunto. Olvidarse del elemento social y pretender la conservación de un área natural, no permitirá nunca alcanzar el desarrollo sostenible.

Es un reto para el derecho en Colombia establecer competencias para la creación de los esquemas de PSA, de tal forma que cada autoridad ambiental que compone el Sistema Nacional Ambiental conozca cuál es su función respecto de esos fines. Además, constituye también un reto que la ley plasme con claridad, metodologías justas para la asignación de los precios o costos de esos instrumentos de manera que sean efectivos. Por ejemplo, se pueden establecer fondos para financiar los PSA y la ley será la encargada de regular quien los administra y la gestión del Estado para tales fines; otra posible opción es el mercado de bonos provenientes de proyectos verdes en las áreas estratégicas para el recurso hídrico, dirigidos a pagar las sanciones pecuniarias y obligaciones de hacer por las infracciones a la ley ambiental.

## Referencias

Agencia Pública de Noticias del Ecuador y Suramérica ANDES (2013). Campesinos viven en condiciones de pobreza dentro de parques naturales de Colombia. Recuperado de <http://www.andes.info.ec/es/noticias/campesinos-viven-condiciones-pobreza-dentro-parques-naturales-colombia.html>

- Colombia. Congreso de la República. Ley 99. (22 de diciembre 1993). Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial No. 41146.
- Colombia. Ministerio del Medio Ambiente. Decreto 2372. (01 de Julio 2010). Por el cual se reglamenta el Decreto Ley 2811 de 1974, Ley 99 de 1993, la Ley 165 de 1994 y el Decreto 216 de 2003, en relación al Sistema Nacional de Áreas Protegidas, las categorías de manejo que lo conforman y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial N°. 47757.
- Colombia. Constitución Política de 1991. Bogotá: Recuperado de [http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion\\_Politica\\_de\\_Colombia.htm](http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm)
- Colombia. Congreso de la República. Decreto Ley 2811. (18 de diciembre 1974). Por el cual se expide el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección del Medio Ambiente. Diario Oficial No.34243.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1450. (16 de junio 2011). Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo. Diario Oficial. No.0122-2112.
- Colombia. Ministerio de Medio Ambiente. Consejo Nacional Ambiental. *Política Nacional para Humedales interiores de Colombia. Estrategias para su conservación y uso sostenible*. (2002). Recuperado de [https://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Normativa/Políticas/polit\\_nal\\_humedales\\_int\\_colombia.pdf](https://www.minambiente.gov.co/images/BosquesBiodiversidadyServiciosEcosistemicos/pdf/Normativa/Políticas/polit_nal_humedales_int_colombia.pdf)
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 157 (12 de Febrero 2004). Por la cual se reglamenta el uso sostenible, conservación y manejo de los humedales y se desarrollan aspectos referidos a los mismos en aplicación de la convención Ramsar. Diario Oficial N°. 45.471.
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 769 (05 agosto de 2002) por la cual se dictan disposiciones para contribuir a la protección, conservación y sostenibilidad de los páramos. Diario Oficial No. 44916. Bogotá D.C., 2002. Parágrafo 2° del artículo 3°.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1382. (18 de diciembre 2010). Por el cual se modifica el Código de Minas. Diario Oficial. No. 47.618.
- Colombia. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 937 (25 de mayo de 2011). Por la cual se adopta la cartografía elaborada a escala 1:250.000, proporcionada por el Instituto de Investigaciones de Recursos Biológicos Alexander Von Humboldt para la identificación y delimitación de los Ecosistemas de Páramo y se adoptan otras determinaciones. Diario Oficial No. 48.082.

- Greiber, T. (2009). Payments for Ecosystem Services. *Legal and Institutional Frameworks*. Gland, Switzerland. Internactional Union for Nature Conservation IUCN: XVI + 296 pp.
- Guruswamy, D. & Zebrowski, M. (2011). International environmental law in a nutshell. Ciudad: St. Paul, Minnesota. Editorial West Publishing CO.
- Mesa, G. (2012). *Elementos para una Teoría de la Justicia Ambiental y el Estado Ambiental de Derecho*. Grupo de investigación en Derechos Colectivos y Ambientales – GIDCA. Bogotá D.C.: Universidad Nacional de Colombia.
- Sands, P. & Peel, J. (2012). *Principles of International Environmental Law*. Cambridge: New York Cambridge University Press.
- WCS Colombia, fundación Ecoandina y WWF Colombia. *Regiones Biodiversas. Herramientas para la planificación de sistemas regionales de áreas protegidas, 2008*. Recuperado de <http://eidenar.univalle.edu.co/autoevaluacion/regiones%20biodiversas.pdf>
- Wood, S. (2004). *The Role of the International Organization for Standarization (ISO) in Governing Environmental Conflict and Corporate Social Responsibility in Developing Countries: Questions for research*. Bogotá D.C.: Universidad del Rosario.





Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: La fuerza y el destino  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.20 x 1.50 m  
Año: 1990

## *Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación\**

\* Artículo de investigación, producto del proyecto “El derecho constitucional a la prueba judicial”, inscrito en el grupo de investigación “Estado de Derecho y Justicias”, categoría D, Colciencias, convocatoria 693 de 2014, adscrito al Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad, Medellín, Colombia. La investigación fue financiada en el marco de la Convocatoria para apoyar proyectos de investigación desarrollados como trabajo de grado por los estudiantes de la Maestría en Derecho, modalidad investigativa, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia -2014-; terminó el 08 de mayo de 2015.

**DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a04**

Fecha de recepción: 13 de mayo de 2015

Fecha de aprobación: 12 de junio de 2015

# Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación

*Juliana Pérez Restrepo*<sup>1</sup>

## Resumen

El artículo tiene la finalidad de exponer el derecho a la prueba en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana; presenta una construcción doctrinaria a partir de los derechos fundamentales y específicamente del derecho a la prueba. Como método de análisis se empleó la revisión documental y jurisprudencial. El texto se deriva de una investigación en la cual el objetivo general es analizar el derecho constitucional a la prueba con relación a su fundamentalidad, su configuración y sus límites constitucionales, en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y en la teoría jurídico-constitucional; los objetivos específicos son, en primer lugar, indagar acerca del carácter de fundamental del derecho a la prueba en el régimen constitucional colombiano; en segundo lugar, abordar la configuración del derecho a probar en cuanto a las fases de la actividad probatoria; y por último, examinar los límites constitucionales y legales del derecho a la prueba.

**Palabras clave:** debido proceso, derecho a la prueba, derecho constitucional, derecho fundamental, derecho probatorio.

## The constitutional right to judicial proof. An approach

### Abstract

The article aims to expose the right to proof in the jurisprudence of Colombian Constitutional Court; it presents a doctrinal construction from the fundamental rights, specifically the right to proof. The analysis method used was the documentary and jurisprudential review. The text is derived from an investigation in which the general objective is to analyze the constitutional right to judicial proof in relation to its foundations, its configuration and its constitutional limits, in the jurisprudence of the Colombian Constitutional Court and the legal and constitutional theory. The specific objectives are: first, to inquire about the nature of a fundamental right to judicial proof in the Colombian constitutional regime; second, to confront the configuration of the right to prove in terms of the evidentiary phase; and finally, to examine the constitutional and legal limits of the right to proof.

**Keywords:** due process, right to proof, constitutional law, fundamental right, law of evidence.

---

1 Socióloga, Abogada, Especialista en Derecho Procesal y Magíster en Derecho, Universidad de Antioquia. Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la misma Universidad. E-mail: juliana.perezr@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Pérez Restrepo, J. (2015). Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 61-87. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a04

# Derecho constitucional a la prueba judicial. Una aproximación

## Introducción

El objeto o problema de investigación que dio origen a este artículo, hace referencia a la consagración del derecho a probar en Colombia en la Carta Política de 1991 en su artículo 29; precepto éste que establece el debido proceso, el cual presenta una multiplicidad de garantías procesales y sustanciales, tales como el principio de legalidad, juez competente, defensa, celeridad, la prueba y su nulidad por violación al debido proceso; razón por la que dicho artículo es de carácter complejo o relacional, y no tiene un contenido único sino que depende del ámbito jurídico en el que se enmarque un problema jurídico especial (Ruiz, 2007, p.189).

En el pasado, ante el absoluto poder y arbitrariedad del soberano, los gobernados estaban expuestos a las más injustas medidas; esto es, sometidos a la voluntad del rey podían ser castigados severamente, según sus presuntas acciones indebidas, sin que mediaran pruebas que determinaran con certeza la responsabilidad de los mismos. A través de los años, se han presentado un sinnúmero de luchas sociales, como es el logro del reconocimiento de los conocidos derechos humanos y su configuración positiva en diversas constituciones de Estados, como derechos fundamentales, para que los hombres sean vencidos en juicio, con formalidades establecidas para ello; es decir, con base estricta en pruebas, con la garantía del debido proceso, y exaltándose de esa manera la dignidad humana y la legitimidad estatal para sancionar; condiciones que son producto de conquistas históricas en la modernidad.

En vista de ello, el Constituyente colombiano de 1991, dado su especial interés para proteger los derechos y el respeto a la dignidad humana, consagró, además de otros derechos que buscaban la realización de esta, el derecho a la prueba, como una de las barreras más potentes ante la arbitrariedad y autoritarismo del Estado. Se plantea que esta figura del derecho a probar, se estableció en ese contexto como una respuesta a diversos problemas políticos vividos en la época que afectaban derechos y garantías procesales de los ciudadanos. Asimismo, muchas de las garantías que hoy amparan al ciudadano ante el ejercicio del poder punitivo estatal, fueron

configuradas directamente por el Constituyente en procura de delimitar un poder que en ciertas circunstancias ha desconocido los atributos inherentes al ser humano.

De otro lado, algunas regulaciones legales, la arbitrariedad judicial y la falta de un trabajo sistemático que señale cada uno de los componentes del derecho a probar, sus alcances y límites, hacen que en muchas ocasiones dicho derecho se vea gravemente afectado, contrariando esto la intención del Constituyente colombiano de 1991. A su vez, las excesivas formalidades en ocasiones también vulneran el derecho a la prueba, pues se superponen las formas frente a los derechos materiales o la verdad en el proceso.

Ahora bien, a través del método comprensivo y el enfoque hermenéutico se abordaron las estructuras que integran el objeto de investigación, de forma holística, de manera que permitiera un máximo alcance sobre el conocimiento de la materia, acudiendo a las referencias teóricas y metodológicas necesarias. A la par, por la misma naturaleza de aquellos, y de acuerdo a los propósitos y condiciones, la investigación fue flexible en los términos en que no se exigía un esquema riguroso para la obtención de la información, además, los objetivos de la investigación se fueron desarrollando de forma simultánea en la medida en que se avanzaba en la búsqueda conceptual y jurisprudencial. También, la modalidad de investigación documental fue la ruta para la recolección y estudio de la información, a través de la cual se construyó el marco conceptual y jurídico requerido.

Para el rastreo bibliográfico, normativo y jurisprudencial, de igual manera, se emplearon bases de datos adecuadas para este fin, disponibles en páginas electrónicas de diferentes instituciones universitarias u organismos oficiales. Puntualmente, con relación a la jurisprudencia, para su consulta se utilizó la base de datos *LexBase* y la página oficial de la Corte Constitucional. En el proceso de recolección de la jurisprudencia, se hallaron 383 providencias de la Corte Constitucional (entre sentencias SU, C y T, y 4 autos), de las cuales 26 no aplicaron, por lo que 357 aportaron al tema, y de ellas se seleccionaron las más convenientes temáticamente.

De otra parte, con respecto a los resultados de la investigación, se puede plantear que en materia de teoría jurídica, ha habido una escasa atención a lo referido con el derecho a probar, particularmente con respecto al asunto fáctico, pues la mayor parte de las inquietudes de los juristas se han centrado en problemas jurídicos, pero desde el plano eminentemente teórico. Por ello, es pertinente para el sistema jurídico colombiano, estudiar de forma integral lo referido al derecho a la prueba, sus alcances, y las valoraciones que de ella ha elaborado su máximo Tribunal Constitucional, aproximación que se trata de presentar aquí.

Esta ausencia teórica, no ha sido óbice para que la Corte Constitucional colombiana haya construido una vasta jurisprudencia en torno a la interpretación y manejo del derecho a la prueba en los procesos jurisdiccionales, esfuerzo que no presenta una sistematización de las abundantes decisiones que dejan claro el contenido esencial de este derecho, y cómo debe ser su aplicación por todos los operadores jurídicos. En tal caso, a pesar de que se pueda considerar que el estudio del derecho constitucional a la prueba está hoy en día fuera de discusión, por verse como una obviedad que trae consigo el derecho fundamental al debido proceso, no es tan claro para académicos, abogados, jueces, fiscales, funcionarios públicos en general y demás ciudadanos, por lo que es menester dilucidarlo con una mayor claridad y amplitud.

Para sistematizar, entonces, esos fallos de la Corte Constitucional, se mencionarán en este artículo pronunciamientos y argumentos encontrados allí, que competen directamente al objeto de estudio; se observará en qué momentos o circunstancias la Corte Constitucional hace valer el derecho a la prueba, y se tratarán de especificar las subreglas que trae dicha Corporación al respecto y que generan precedente constitucional.

## **1. Fundamentos constitucionales del derecho a la prueba**

### **1.1 Concepto y fundamentalidad**

La prueba judicial se entiende, según Devis (2002), como “todo motivo o razón aportado al proceso por los medios y procedimientos aceptados en la ley, para llevarle al juez el convencimiento o la certeza sobre los hechos” (p. 25). Es por tanto, que la prueba se configura en derecho en cuanto que a través de ella se pueden cristalizar las pretensiones o excepciones en el proceso judicial, llegándose así a la satisfacción de derechos materiales o sustanciales.

Es prudente anotar que no es lo mismo la prueba judicial y el derecho de probar, en cuanto éste no tiene por objeto -estrictamente hablando-, convencer al juez sobre la verdad del hecho afirmado, sino que acepte y practique los medios de prueba pedidos y los tenga en cuenta en la sentencia o decisión, con prescindencia del resultado de su apreciación (Devis, 2002, p. 28); también dice Ruiz (2007), “la prueba es el elemento conector entre el derecho procesal y el sustancial, es el puente entre ellos” (p. 188); y finalmente, afirma Borrego (2011):

El acceso a las pruebas brinda la posibilidad de conducir los distintos elementos que facilitan al juez llegar a una conclusión específica con respecto a lo reclamado, solicitado,

demandado, perseguido o accionado. De ahí que la única manera de que la jurisdicción pueda ofrecer la tutela efectiva es a partir de un cúmulo probatorio que –más allá de duda razonable– ofrezca esa certidumbre para que la sentencia pueda expresarlo claramente y de ahí proporcionar –en forma efectiva– la ejecución (pp. 106-107).

Es apropiado traer nociones básicas de derechos fundamentales, para posteriormente centrar la problemática del derecho a la prueba en el escenario constitucional en el que estas no son ajenas; empero, no sin antes mencionar de nuevo que el derecho a la prueba hace parte del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución, y es parte integrante específicamente del derecho de defensa.

Expone Chinchilla (2009) que los derechos fundamentales son:

(...) aquellos derechos subjetivos cuya conculcación o desconocimiento deben ser corregidos mediante el más urgente y fulminante despliegue del aparato coercitivo estatal, que en Colombia equivale a una orden judicial de habeas corpus o de tutela (a las cuales nadie puede resistirse); o a aquellos cuya desmejora invalida inmediatamente la decisión legislativa o constituyente o admite la intervención directa del pueblo para dejarla sin efectos (p. 6).

(...) el concepto de derecho subjetivo (...) pretende dar cuenta de toda situación que (...) habilita a un sujeto individual o colectivo para reclamar a otro el cumplimiento de determinados deberes de hacer, dar o no hacer, aun mediante la vía de la reclamación judicial y, eventualmente, el empleo de la fuerza socialmente organizada (p. 48).

Por tanto, en un derecho subjetivo se reconoce una situación subjetiva asumida como ventajosa, exigible frente a otros sujetos de derechos, para que éstos a través de una acción u omisión favorezcan al primero (Chinchilla, 2009, p. 48).

El carácter de fundamental de los derechos puede ser resumida en lo siguiente (Chinchilla, 2009): se ubican en la Constitución Política o en tratados internacionales de derechos humanos (bloque de constitucionalidad) detentando tal condición, o por conexidad con ellos, tienen mecanismos de eficacia directa como la acción de tutela, tienen reserva de ley como garantía contra las mayorías parlamentarias y la prohibición de suspensión mediante la normatividad de estados de excepción o emergencia.

En concordancia con las anotaciones hasta aquí elaboradas acerca de los derechos subjetivos, se puede afirmar que el derecho a la prueba goza del carácter de subjetividad esbozado, lo que se corrobora con lo manifestado por Devis (2002) en cuanto a tal derecho, a saber:

Su naturaleza de derecho subjetivo es clara, porque la obligación que genera depende de un acto de voluntad: la petición del interesado; en cambio, cuando en el proceso

inquisitivo, civil o penal, el juez está obligado a practicar oficiosamente la prueba, su obligación emana de la ley directamente y no existe entonces un derecho subjetivo de las partes a esas pruebas; pero existirá siempre el derecho a que se practiquen las que ellas soliciten (p. 26).

En el proceso judicial es esencial la prueba, como aquella que lleva al mismo el conocimiento de los hechos objeto de debate, y que permite llevar la verdad, sea real o judicial, para que el órgano jurisdiccional diga el derecho; esa “esencialidad” de la prueba hace que se torne en derecho fundamental. A la par, se anota que la búsqueda de la verdad tiene unos límites que se materializan en los linderos de los demás derechos fundamentales.

Exactamente, según Picó (1996) el derecho a la prueba es aquél que posee el litigante, consistente en la utilización de los medios probatorios necesarios (conducentes, pertinentes y útiles) para formar la convicción del juez acerca de lo discutido en el proceso (p. 18).

Este derecho prefigura una posición jurídica fundamental, posición que posee cualquier persona u órgano con fundamento constitucional o legal de exigir al Estado, la obtención y valoración de la prueba que propende por la formación de la convicción del juez sobre la decisión de los hechos que son presupuesto del derecho material que se disputa en el proceso (Ruiz, 2007, pp. 183-184).

Asimismo, de acuerdo con Picó (1996), el carácter subjetivo del derecho a la prueba se manifiesta en que su ejercicio requiere la voluntad de una de las partes, pues éstas son las que tienen el poder de proponer el medio probatorio que pretenden sea admitido, practicado y valorado judicialmente (p. 20). Arango y Alexy (2005), por su parte, manifiestan que esta perspectiva subjetiva implica una relación jurídica contentiva de tres elementos, a saber: titular (quien detenta el derecho), obligado (órgano decisor) y objeto (acciones u omisiones del sujeto obligado).

La Sentencia C-1270 de 2000, señala los elementos constitutivos del derecho a probar: derecho a presentar o solicitar pruebas, derecho de contradicción de la prueba, derecho de publicidad de la prueba, derecho de regularidad de la prueba, derecho a la prueba de oficio y derecho a la valoración de la prueba.

Es indudable la importancia de la actividad probatoria en todas sus dimensiones, esto es, desde la posibilidad de ejercitar el derecho a la prueba –o deber por parte del juez, excepto en materia penal–, hasta la garantía de su realización, para la configuración del debido proceso.

De igual manera, se encuentra que el derecho a la prueba:

Tiene un contenido esencial consistente en la facultad de las personas de propender por la formación de la convicción del juez sobre la verdad de los presupuestos fácticos del derecho o del interés material en litigio. Precisamente, la acepción de prueba como convicción se erige en el contenido esencial del derecho a probar. Este contenido esencial aglutina los demás componentes del derecho a probar: a asegurar los instrumentos o las fuentes de prueba, a solicitar medios de prueba, a la admisión, a la práctica y a la valoración; asimismo, incluye el proponer al juez argumentos de prueba y a contradecir los que este aduzca como fundamento de su convicción (Ruiz, 2007, p. 188).

El ejercicio del derecho a la prueba es, por un lado, una actividad que posibilita la realización del derecho de defensa, viéndolo en este sentido desde un punto de vista instrumental; y a su vez, es un derecho subjetivo en tanto su observancia por parte del operador jurídico es exigible de parte del sujeto respecto del cual se predica ese derecho, para el aseguramiento, admisión, práctica y valoración de la prueba, esto desde el punto de vista sustancial.

Siguiendo esta línea, en la Sentencia T-589 de 1999, se plantea que:

Una de las dimensiones más importantes del derecho de defensa es el derecho a utilizar los medios de prueba legítimos, idóneos y pertinentes y a controvertir la evidencia presentada por los otros sujetos procesales (...).

De la misma manera, el derecho internacional consagra la protección al debido proceso, y, en particular, al derecho a la prueba. En este sentido, resulta relevante recordar que los más importantes tratados globales y hemisféricos sobre la materia, incluyen entre las garantías mínimas del proceso, el derecho de la persona acusada a interrogar a los testigos llamados por los otros sujetos procesales y a lograr la comparecencia de otras personas que puedan declarar a su favor y ayudar a esclarecer los hechos.

Puede verse que el derecho a la prueba, según este pronunciamiento, se asimila al derecho de defensa en tanto medio para contraprobar y controvertir pruebas; derecho que además es susceptible de protección a través de la acción de tutela, característica ésta de un derecho fundamental.

Señala la Sentencia T-171 de 2006:

(...) es necesario indicar que el derecho a la prueba constituye uno de los principales ingredientes del debido proceso, así como del derecho al acceso a la administración de justicia y el más importante vehículo para alcanzar la verdad en una investigación judicial.

Según Parra (2007, p. 117), primero el derecho a la prueba era deducido por vía de interpretación del artículo 26 de la Constitución Política de Colombia de 1886, que consagraba el derecho a ser juzgado “observando la plenitud de las formas

propias de cada juicio”; hasta la expedición de la Constitución Política de 1991, la cual lo consagró expresamente en su artículo 29 constituyéndolo en un derecho fundamental, pues si bien lo ligó al debido proceso, en palabras de Arango (2001), “una norma constitucional puede ser la base de varios derechos fundamentales, a la vez que un derecho fundamental puede construirse a partir de varias normas constitucionales” (p. 188).

Se puede evidenciar que el derecho a la prueba se torna fundamental en cuanto, en primera instancia, está contenido en el derecho fundamental al debido proceso, y según lo dicho anteriormente, sin el derecho a probar resultaría nugatorio el ejercicio del derecho a la defensa y la contradicción. Del mismo modo, la fundamentalidad del derecho a probar se consolida en pronunciamientos de la Corte Constitucional, de lo que se destaca la siguiente aseveración:

El derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra (...), constituye un derecho constitucional fundamental, y dado que la declaratoria de inconducencia de una prueba puede conllevar la violación del derecho de defensa y del debido proceso, con innegable perjuicio para el inculpado, el investigador debe proceder con extrema cautela y en caso de duda, optar por la admisión de la prueba (Sentencia T-393-94).

Es de resaltar este pronunciamiento por cuanto se manifiesta de forma expresa que el derecho a probar, para la Corte, constituye un derecho constitucional fundamental; y aunque para ese caso concreto se debate un asunto de responsabilidad disciplinaria, este derecho se extiende a todo tipo de procesos judiciales.

En últimas, del artículo 29 de la Constitución Política de Colombia de 1991, entre sus múltiples garantías, se ha convertido en derecho fundamental “presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra” (Parra, 2007, p. 127).

En síntesis, se considera que la prueba no solo es importante desde el punto de vista epistemológico, sino que es de alta importancia desde el punto de vista jurídico para el Estado colombiano, pues es de los pocos Estados que ha consagrado constitucionalmente la prueba como derecho.

Como resultado de este subcapítulo, y a partir de la tesis que se quiere plantear aquí, es innegable que el derecho a la prueba adquiere un carácter de fundamental, de acuerdo a los planteamientos arriba esbozados, y que la Corte Constitucional ha sido leal a las aspiraciones, necesidades y requerimientos provistas y previstas por la Asamblea Constituyente, en términos de exigibilidad al Estado para permitir y proveer de medios a las personas en la realización de este derecho, en procura del acceso efectivo a la administración de justicia, y de imponerle barreras cuando

la situación así lo amerite, en virtud de sus obligaciones de respetar los demás derechos humanos y fundamentales.

Conocer algo es saberlo abordar, ejercer y controlar; si se conoce el derecho a probar se tendrán criterios de interpretación que permitan una máxima protección de su núcleo esencial para evitar la injerencia y extralimitaciones del poder del Estado, esto es, del juez, fiscalía, legislador, autoridades administrativas, policía, particulares y demás personas; y así hacerlo valer con el rigor que caracteriza un derecho fundamental.

Se considera que la trascendencia de la prueba es de tal entidad, en tanto es aquel elemento que le lleva la convicción al juez para que éste decida, esto es, su aportación o contradicción hace valer derechos sustanciales y procesales, que no puede relativizarse o mirarse como un mero elemento del proceso. Por ende, todo lo que está relacionado con la actividad probatoria tiene relevancia constitucional fundamental, y es allí donde el ejercicio sobre la prueba judicial se convierte en un derecho, con las características aquí descritas.

En Colombia, con el estado de cosas en materia de violación de derechos de toda índole, por parte de instituciones estatales y particulares, donde hacer valer los derechos y garantías es arduo y espinoso dados los procesos burocráticos y de tramitomanía que deniegan justicia, la ilegalidad que permea la esfera pública, la privatización de la justicia, la falta de recursos económicos y de voluntades políticas, entre otros, es posible que se tienda o se intente justificar “fundamentalidades” de derechos con el fin de alcanzar “protecciones” reforzadas, esto es, expeditas y efectivas, como lo es la acción de tutela, la cual está prevista para amparar derechos fundamentales. En cuanto al derecho a la prueba, no hay que hacer mucho esfuerzo para identificar tal fundamentalidad, en tanto se presenta de forma explícita en la Constitución, en su artículo 29, bajo la fórmula según la cual toda persona tiene derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra, además de los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que se amplía su interpretación al respecto, enfatizando su doctrina constitucional que genera precedente. No obstante, no es suficiente con saber que existe un derecho, en abstracto, que es susceptible de ser protegido a través de acciones previstas para ello, y que hace parte de un conjunto normativo determinado; sino que se debe estudiar de forma exhaustiva para establecer qué significa, cuáles son sus características, sus alcances, es decir, hasta qué punto es protegible, y sus límites, esto es, a partir de dónde termina su espacio de salvaguarda.

En el contexto de un Estado Social de Derecho, democrático, liberal y constitucional-teniendo en cuenta el bloque de constitucionalidad-, los derechos fundamentales ganan una gran notoriedad y punto de referencia para el Estado y sus

actuaciones. Estos derechos, resultado de luchas históricas, deben ser protegidos a ultranza de la posición dominante del Estado. En el caso del derecho a la prueba, éste es uno de los derechos más susceptibles de ser vulnerados, tanto en momentos de normalidad constitucional como en estados de excepción, por lo que debe conocerse, difundirse y conservarse.

## **1.2 Garantía de eficacia**

El mecanismo que por excelencia está reservado para hacer valer el derecho a probar son los recursos procesales, ordinarios y extraordinarios, que son aquellos que, en términos generales, buscan modificar, revocar o anular una providencia judicial. Se pueden mencionar, entre otros mecanismos, las sanciones procesales, los mecanismos coactivos procesales o la fuerza efectiva, las presunciones, las cargas procesales, las nulidades, la conexidad del derecho a la prueba con el derecho de acceso a la administración de justicia, y la acción de tutela contra sentencias; siendo esta última la que se abordará en este artículo como garantía de eficacia del derecho a la prueba, dada la actividad que al respecto la Corte Constitucional desempeña en defensa de la protección de este derecho fundamental.

La Corte Constitucional, desde su nacimiento y hasta la actualidad, ha elaborado una doctrina constitucional frente a la acción de tutela contra sentencias judiciales, de la cual nacen subreglas en cuanto a la procedibilidad de esta acción. Para efectos de este artículo, la garantía de eficacia que se abordará es la acción de tutela contra sentencias por defecto fáctico -el cual se produce por un “error probatorio” en el que incurre el órgano decisor-, dado que es en presencia de este en que procede dicho amparo constitucional por violar el derecho a la prueba.

Según dicha Corporación, se está en presencia de un defecto fáctico en aquellos casos en los que examinada la decisión judicial que es objeto de tutela, resulta incuestionable que el juez ha incurrido en un error en el elemento probatorio, configurándose una vía de hecho, que no permitió la aplicación del supuesto legal que sustentaba la decisión; o que el apoyo probatorio en que se basó para aplicar una determinada norma fue absolutamente inadecuado. Dado este supuesto, procede de forma excepcional la acción de tutela. Es por ello que, además de los requisitos generales para la procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales, para que proceda una acción de tutela contra una sentencia judicial, es necesario acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben quedar plenamente demostradas.

Para una aproximación más sistemática a este tema, se retomarán las diversas modalidades de configuración de defectos que constituyen vías de hecho por defecto

fáctico, las cuales han venido siendo estructuradas por la Corte Constitucional a lo largo de las dos últimas décadas.

En esta materia, la Sentencia *hito y fundadora de línea* -en términos de López (2006)- es la T-442 de 1994, en la cual se precisan las circunstancias en las que se configura este defecto, a saber: 1. cuando se ignora la prueba, al negarla o impedir su práctica; 2. cuando se omite la valoración de la prueba, o se valora la prueba ilícita; 3. cuando sin razón valedera, no se da por probado un hecho que surge clara y objetivamente de la prueba aportada al proceso.

Estas fueron las primeras modalidades planteadas por la Corte, para clasificar el defecto fáctico. Posteriormente, hubo una evolución en cuanto a tales modalidades, así como también en cuanto a la dogmática de la tutela contra providencias judiciales, lo cual amplió las posibilidades para la identificación del defecto fáctico (Quinche, 2009, p. 83).

Una nueva categorización del defecto fáctico consiste en considerarlo en dos dimensiones, es decir, la dimensión positiva (acciones valorativas o acciones inadecuadas del juez) y la dimensión negativa (omisiones en el decreto, en la práctica o en la valoración de las pruebas). De la misma forma, en cada una de estas dimensiones, se desarrollan otras variables del defecto fáctico, distribuidas así:

a) Dimensión positiva:

- Defecto fáctico por aceptación de prueba inconstitucional.
- Defecto fáctico por dar como probados hechos que no cuentan con soporte probatorio dentro del proceso, o porque se estudia de manera incompleta.
- Defecto fáctico por decidir con medios de prueba que, por disposición legal, no conducen a demostrar el hecho en que se basa la providencia.

b) Dimensión negativa:

- Defecto fáctico por omisión o negación del decreto y la práctica de pruebas determinantes para decidir; y en los eventos de omisión de apertura de la fase de práctica de pruebas en el proceso.
- Defecto fáctico por omitir la valoración de la prueba y dar, sin razón valedera, por no probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.
- Defecto fáctico por valoración defectuosa del material probatorio determinante para la decisión.
- Defecto fáctico por desconocimiento de la sana crítica.

Esta construcción jurisprudencial juega un rol fundamental para la salvaguarda del derecho a probar, pues éste se garantiza a partir de cada una de las modalidades vistas, de las cuales se desprenden nítidamente las formas en que este derecho debe ser protegido.

Todo lo anterior, denota la fundamentalidad del derecho a la prueba, puesto que a través de éste se logra la materialización del acceso a la justicia y el derecho a la defensa -calificado como principio universal de justicia-, y por tanto del debido proceso.

En conclusión, según lo anotado, la Corte Constitucional ampara el derecho a la prueba, incluso más allá de lo que enseña la Constitución, es decir, le ha apostado con gran fuerza a la protección de este derecho, que si bien en muchos casos lo ha denegado, no ha sido por cambio de postura jurisprudencial, sino por razones procesales, esto es, porque el ordenamiento jurídico contemplaba otros mecanismos para hacer valer ese derecho, como son los recursos procesales, y en casos concretos, los sujetos procesales legitimados para ejercerlo no lo hicieron, por lo que de acuerdo a ello la acción de tutela no procedía allí.

Cada una de las subreglas apuntaladas en este artículo hace parte de la actual posición de la Corte Constitucional y son precedente constitucional, de acuerdo a la garantía reforzada que tiene este derecho por su naturaleza de fundamental y a la creación jurisprudencial alrededor del defecto fáctico y del desconocimiento del precedente.

## **2. Configuración del derecho a la prueba**

### **2.1 Obtención de la prueba**

#### **2.1.1 Aseguramiento de la prueba.**

El aseguramiento de la prueba se aborda aquí exclusivamente como una de las medidas que garantizan el derecho a probar, en razón de su virtualidad para la protección de determinados elementos materiales de prueba, necesarios para la defensa, pretensiones o excepciones de las partes o sujetos procesales.

Dicho aseguramiento, consiste en aquellas actuaciones encaminadas a impedir que se desvirtúe o se pierda la prueba, o que su práctica se haga imposible, y a conservar las cosas y circunstancias de hecho que deben ser probadas en el juicio (Devis, 2002, p. 265).

El derecho a que se asegure el material probatorio, impone al legislador de los códigos procesales, civiles, laborales, etc., regular con suficiencia y seriedad lo

referente a la prueba anticipada, pues la consagración constitucional del derecho a probar de nada serviría sin poder hacer nada para asegurar la prueba, en los casos en que haya riesgo de que desaparezca, dado que esto sería equivalente a negar ese derecho (Parra, 2007, p. 118).

### **2.1.2 Proposición y presentación de la prueba.**

Con esta fase se inicia necesariamente la actividad probatoria en el proceso. No se concibe la prueba judicial sin su proposición o presentación (Devis, 2002, p. 266). La Corte Constitucional ha sostenido que el funcionario judicial, vulnera el derecho a probar cuando no da trámite de forma adecuada y oportuna a la petición de pruebas realizada por las partes. Es así como en varios pronunciamientos, la Corte ha concedido este derecho en acción de tutela, dada la omisión del operador judicial.

Por tanto, al ser el derecho a probar un ingrediente medular del debido proceso y, en particular, del derecho de defensa, el funcionario debe dar respuesta sustentada, negativa o positiva, a las solicitudes de pruebas presentadas por los sujetos procesales; pues si el juez no responde una solicitud de pruebas, incurre en vía de hecho dado que impide la posibilidad de recurrir su actuación judicial.

### **2.1.3 Admisibilidad y decreto de la prueba.**

Dentro del derecho a la prueba se encuentra el de utilizar todas las pruebas disponibles por las partes para demostrar los hechos que convengan a sus intereses. Por ende, este derecho subjetivo implica la admisión y decreto de todas las pruebas posibles, con los límites que este derecho supone, para la consecución de los fines perseguidos por las partes en el proceso.

Se advierten unos criterios de interpretación con respecto al derecho a que se decreten las pruebas solicitadas o propuestas por las partes, de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Parra, 2007, p. 122). Entonces, con ocasión de múltiples acciones de tutela acerca del desconocimiento del derecho a la prueba por la omisión de su decreto, una de las modalidades del defecto fáctico, la Corte ha señalado las siguientes subreglas:

- La falta de respuesta a la petición de una prueba vulnera el derecho de defensa. (Sentencia T-055-94).
- El rechazo de una prueba que sea legalmente conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso. (Sentencias T-055-94, T-393-94, T-006-95).

- Si existe duda sobre la conducencia o inconducencia de una prueba, en todo caso, debe elegirse su admisión. (Sentencia T-393-94).
- La autoridad administrativa debe determinar si decreta o no las pruebas solicitadas, antes de resolver de fondo. (Sentencias SU-087-99 y T-1395-00).
- A pesar de que el juez no está obligado a decretar todas las pruebas que se le soliciten, solo le es dado negarlas en los casos en que no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos, o estén legalmente prohibidas, o sean ineficaces, o versen sobre hechos notoriamente impertinentes, o se las considere manifiestamente superfluas. (Sentencias T-055-94, T-393-94, T-589-99).
- El rechazo de las pruebas solicitadas debe motivarse, a fin de que la parte interesada pueda, si lo considera necesario, controvertir dichas razones ante otra autoridad mediante el ejercicio de los recursos procesales. (Sentencias T-393-94, T-006-95, SU-087-99, T-589-99).
- El no decreto de pruebas fundamentales para demostrar las pretensiones o excepciones, vulnera el derecho de defensa, en particular, del “*derecho a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra*” (art. 29 C.P.). (Sentencias T-393-94, T-504-98, T-589-99).

#### **2.1.4 Prueba de oficio.**

Según el principio dispositivo, las partes tienen la responsabilidad, so pena de correr con las consecuencias negativas del fallo, de aportar los medios de prueba precisos para que el funcionario judicial decida con base en ellos; mientras el principio inquisitivo, faculta a dicho funcionario para que oficiosamente decrete las pruebas que considere necesarias para indagar sobre la realidad de los supuestos fácticos. En Colombia operan ambos sistemas -excepto en materia penal, en la cual está proscrita la prueba de oficio de acuerdo al artículo 361 de la Ley 906 de 2004 y la Sentencia C-396 de 2007-, donde las partes tienen la carga de probar los hechos objeto del litigio, no obstante, de la ausencia de suficientes pruebas que conformen la convicción del funcionario, nace su deber-obligación de buscar la verdad de tales hechos.

En la Sentencia T-264 de 2009 se expresa que la prueba de oficio es un deber derivado del papel del juez como director del proceso y de su compromiso por hallar la verdad, en tanto esta prueba se orienta por el interés público de la realización de la justicia.

Es claro, entonces, el deber que recae sobre el funcionario judicial para decretar y practicar pruebas de oficio, en los casos en que se encuentre obligado para actuar

de conformidad con este mandato, y en ausencia de pruebas a partir de las cuales pueda decidir; caso en el cual ante la omisión de esta actividad, se generan como consecuencia el defecto procedimental por exceso ritual manifiesto y el defecto fáctico. Por ende, una autoridad judicial incurre en defecto fáctico, como subregla en esta materia, cuando “a pesar de que la ley le confiere la facultad o el deber de decretar la prueba, él no lo hace por razones que no resultan justificadas” (Sentencia T-949-03).

En posición asumida en este artículo, se considera que la relación entre el decreto oficioso de la prueba y el derecho a la prueba, se ve como una posibilidad que tienen las partes para acceder a la prueba -a pesar de verse cuestionada la imparcialidad judicial dada la prueba de oficio-; prueba oficiosa que igualmente es susceptible de controvertirse. Se puede aseverar que el derecho a la prueba es de tal entidad, que, inclusive, el juez debe protegerlo, aunque no se haya accionado por los sujetos legitimados para actuar, quienes están revestidos de dicho derecho; en consecuencia, la prueba de oficio pasa a ser parte del derecho subjetivo a la prueba.

### **2.1.5 Práctica de la prueba.**

La práctica de la prueba es entendida como aquellos actos procesales necesarios para que los diversos medios concretos solicitados se incorporen o ejecuten en el proceso (Devis, 2002, p. 270).

Dada la secuencia lógica de las fases probatorias, cada una en sí es esencial para las otras, hasta materializarse la prueba en la labor de la valoración. Por ello, cada fase se convierte en derecho subjetivo para las partes, pues ante la negación de una, a su vez, las otras se hacen insubstanciales. Entonces, si no hay práctica, el derecho a la prueba, en general, estaría siendo denegado, constituyendo esto un defecto fáctico.

En consecuencia, luego de decretar las pruebas no es admisible que el funcionario, arbitrariamente, se niegue a practicarlas, en tanto que la realización de la totalidad de estas diligencias se convierte en un derecho de los sujetos procesales. Como lo esboza la Corte Constitucional en Sentencia T-488 de 1999, la práctica de las pruebas constituye una de las principales actividades dentro del proceso judicial, en la medida en que se parte de la participación de los intervinientes legitimados para la conformación del convencimiento del fallador sobre los hechos materia del litigio.

## 2.2 Valoración de la prueba

Otra fase de la actividad probatoria, y se podría decir que la más importante por lo que representa en el proceso judicial, es la valoración de la prueba. Según Gascón y García (2003), valorar las pruebas significa evaluar si lo afirmado en el proceso, a través de los medios de prueba, puede aceptarse como verdadero, mediante un juicio de aceptabilidad efectuado por el órgano decisor.

La valoración de la prueba es una actividad fundamental, en tanto que la función de juzgar se ejerce con base en el resultado de las pruebas propuestas, admitidas, practicadas y apreciadas, en virtud de principios constitucionales y legales, lo que constituye una verdadera manifestación de tal función (Lluch, 2012, p. 464).

Adicionalmente, dice la Corte Constitucional en Sentencia T-237 de 1995 que si se rompe de forma ostensible la razonabilidad en la valoración de la prueba, el equilibrio procesal se altera y el juez de tutela no puede ser indiferente a esta circunstancia; es por ello que para las partes nace el derecho a la valoración racional de las pruebas.

Por la trascendencia que tiene la prueba en el proceso, y a su vez, la valoración en la actividad probatoria, es de colegir que la tarea de apreciación de las pruebas se torna en un derecho axial. Manifiesta la Corte en Sentencia T-100 de 1998 que una de las formas -y de las más graves- de desconocer el debido proceso, atropellando los derechos de las partes, y por tanto constitutiva de vía de hecho, radica precisamente en que el juez al decidir lo haga sin la debida valoración de las pruebas aportadas al proceso, o lo que es peor, ignorando su existencia.

A continuación, se plantean concretamente las subreglas relacionadas a las modalidades del defecto fáctico, acaecidas por la vulneración del derecho a que la prueba regularmente aportada al proceso sea valorada (Parra, 2007, p.126):

- La falta de apreciación del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y viola el debido proceso: sentencias T-100-98, T-504-98, T-242-99, T-555-99, SU-132-02, T-778-05, T-1090-05, T-808-06, T-458-07, T-078-10, T-717-11, T-015-12, T-117-13, T-148-13, T-317-13, T-523-13, T-832A-13, T-145-14.
- La valoración arbitraria, irracional y caprichosa del material probatorio constituye una vía de hecho por defecto fáctico y vulnera el debido proceso: sentencias T-442-94, T-329-96, T-488-99, T-694-00, T-025-01, SU-132-02, T-902-05, T-162-07, T-458-07, T-526-07, T-1100-08, T-1246-08, T-747-09, T-313-10, T-395-10, T-352-12, T-159-13, T-169-13, T-316-13, T-518-13, T-923-13, T-107-14.

- Cuando la decisión se toma sin haber sido practicadas, por tanto no valoradas, las pruebas necesarias para desatar la litis, existe vía de hecho por defecto fáctico: sentencias T-488-99, T-747-09, T-803-12.
- La sola omisión en la valoración o práctica de una prueba no constituye vía de hecho: sentencias T-025-01, T-974-03, T-077-09, T-319A-12.

De este cúmulo, tanto de acepciones conceptuales como de jurisprudencia, se sintetiza que la valoración de las pruebas es un ejercicio primordial de la actividad probatoria, dado que de allí se deriva la decisión sobre los hechos llevados al proceso. Dada esta importancia, y lo sensible que resulta esta labor, se puede notar la copiosa jurisprudencia alrededor de esta unidad.

En suma, el derecho a que se desarrolle de forma racional, estructurada y eficaz la valoración de la prueba, se rompe, configurándose un defecto fáctico, cuando el funcionario judicial adopta una decisión carente de respaldo probatorio, o cuando ignora una prueba que era determinante para la resolución del asunto debatido -lo que en todo caso debe demostrarse-, o cuando de forma defectuosa o arbitraria decide sobre la causa incurriendo notoriamente en un error probatorio.

Como resultado de este capítulo, y de acuerdo a la posición asumida en este artículo, se concluye que el derecho a probar opera en cada fase de la actividad probatoria, suponiendo esto la plena observancia de la norma jurídica, lo que permite su realización, pues si cada fase es condición de validez y coherencia lógica de la subsiguiente, hasta llegar a la valoración probatoria por parte del juez, significa esto que el quebrantamiento de una sola bastaría para violarse el derecho a la prueba, lo que debe ser objeto de refutación.

Por tanto, debe exigírsele al órgano jurisdiccional y al legislador, en la medida de lo posible jurídicamente, la máxima protección de este derecho en aras de defender los intereses de las personas al interior de un proceso judicial, derecho respaldado por la Constitución, la jurisprudencia constitucional y los tratados internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad.

Asimismo, se considera que el derecho a presentar y solicitar pruebas y a controvertirlas, a que se admitan y decreten, a que se practiquen y valoren, sin más limitaciones que las impuestas constitucionalmente, y las contempladas de forma legítima por la ley, es fundamental, no una mera garantía procesal, dada la condición subjetiva de ese derecho, lo que implica su exigibilidad mediante las herramientas disponibles para hacerse efectivos los derechos fundamentales. De otro lado, cada una de las subreglas o *ratio decidendi* edificadas por la Corte Constitucional para salvaguardar este derecho, como precedente constitucional, son bien recibidas en la medida en que amplían su margen de protección.

### 3. Límites del derecho a la prueba

#### 3.1 Pertinencia, conducencia y utilidad de la prueba

Si bien el derecho a la prueba se torna fundamental, reconocido en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, no tiene un carácter ilimitado o absoluto, puesto que este derecho es limitable siempre que se justifique en la necesidad de preservar otro principio fundamental. Además, el derecho subjetivo de probar se limita en cada proceso por las nociones de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, y conjuntamente, por algunas prohibiciones para investigar; y su ejercicio se reglamenta por la ley, con las formalidades y demás requisitos de la actividad probatoria (Devis, 2002, p. 31).

De manera puntual, por pertinencia se entiende la relación existente entre el medio de prueba propuesto con el tema de prueba (Lluch, 2012, pp. 280-281); de otro lado, la conducencia es la aptitud o idoneidad de un medio probatorio para demostrar legalmente la existencia de un hecho, a la luz de las normas que establecen la posibilidad de acudir a su utilización con tal propósito (Peña, 2008, p. 34); y la utilidad de la prueba hace alusión a que ésta preste un servicio o sea relevante para el proceso judicial en concreto (Devis, 2002, p. 264).

El derecho a la prueba debe responder a unas exigencias legales que lo limitan, pues no es admisible allegar todo tipo de pruebas a un proceso judicial; empero, lo que fuere pertinente, útil y conduzca a la demostración de los hechos objeto de debate está ligado a la garantía del derecho a probar, atendiendo a la subregla consistente en que cualquier negativa injustificada representa su violación, protegible con los mecanismos establecidos para ello.

#### 3.2 Licitud de la prueba

La Corte Constitucional colombiana entiende los derechos fundamentales como derechos relativos, en tanto estos tienen limitaciones en relación a su protección, además de someterlos a la ponderación cuando se presentan colisiones de principios frente a casos concretos; el derecho a la prueba no es ajeno a ello.

Se pueden citar dos concepciones teóricas de derechos fundamentales, la conflictivista y la coherentista, manifestando la primera, que la garantía de los derechos fundamentales puede sostener conflictos con otras normas del sistema jurídico, por lo cual para la configuración del contenido de estos derechos es necesaria la utilización de argumentos que permitan dirimir dichos conflictos mediante una ponderación (Lopera & Arias, 2010, p. 36). En cambio, se designa coherentista a la teoría que

propone que la determinación del contenido del derecho implica la definición de sus límites, previstos explícita o implícitamente en la disposición que los reconoce, debidamente interpretada en consonancia con el resto del sistema jurídico (p. 48).

Si se analizan los presupuestos de las anteriores concepciones teóricas, la Corte Constitucional se podría situar en la teoría conflictivista, en la medida en que se sirve del concepto de proporcionalidad como punto de apoyo de la ponderación entre principios constitucionales. Por tanto, en el marco de la teoría conflictivista, la prohibición de la prueba ilícita no es tratada como una prohibición definitiva, pues se plantean razones que permiten su excepción bajo determinadas circunstancias, que afectan otros derechos fundamentales; lo que se ahondará más adelante.

Una prueba debe considerarse “lícita” cuando no existe infracción de derechos fundamentales ni en la obtención preprocesal o extraprocésal del elemento probatorio, ni durante la práctica del medio de prueba, pues lo que en definitiva caracteriza a la prueba como ilícita es la vulneración de algún derecho fundamental (Picó, 1996, p. 61).

El remedio que plantea la Constitución Política de 1991 para evitar la vulneración de derechos fundamentales, es la cláusula -inciso 5° del artículo 29- según la cual “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”; de la que se deriva la cláusula o regla de exclusión probatoria, esto es, que ante la identificación de una prueba ilícita, en cualquier tipo de proceso judicial, el juez debe inadmitirla o excluirla para efectos de su valoración.

Ha de tenerse en cuenta que no toda irregularidad que se ocasione de cara a la obtención y práctica de la prueba desencadena en nulidad, sin que ello implique la violación del debido proceso. De otra parte, como lo indica el último inciso del artículo 29 de la Constitución, la nulidad solo se predica de la prueba -nulidad que, a pesar de ser de pleno derecho, debe ser declarada por el juez al interior del proceso- y no la del proceso en sí, salvo que la prueba haya sido obtenida mediante tortura, tratos crueles, inhumanos o degradantes, desaparición forzada o ejecución extrajudicial.

También hay una salvedad frente al criterio relativo a que la nulidad solo afecta la prueba viciada, es decir, en el caso en que no existan, dentro del proceso, otras pruebas válidas y determinantes a partir de las cuales sea posible dictar sentencia, pues se concluiría que la decisión se fundó exclusiva o principalmente en la prueba que ha debido ser excluida; por lo que aquí se estaría en presencia de un vicio de nulidad o una vía de hecho por defecto fáctico.

Sin duda, una de las providencias más destacadas en el tema de la prueba ilícita, la regla de exclusión probatoria y sus excepciones, es la Sentencia SU-159 de 2002, de la cual se pueden extraer las siguientes subreglas:

- La prueba ilícita y la prueba ilegal tienen como consecuencia su rechazo o no valoración y exclusión del proceso.
- La existencia de una prueba obtenida con violación del debido proceso afecta exclusivamente a la prueba viciada, no a todo el proceso.
- El juez debe excluir la prueba viciada, manifestando expresamente que esta no puede seguir siendo parte del expediente.
- Las irregularidades menores que no afecten el debido proceso en la producción de una prueba, no provocan la exclusión de las pruebas.
- La regla de exclusión de la prueba ilícita no es absoluta y admite excepciones, con respecto a la prueba derivada.

Puntualmente, las excepciones a la regla de exclusión probatoria hacen referencia a las pruebas derivadas. Estas son, en términos simples, pruebas que se derivan de otra denominada principal o primaria; si ésta fue inconstitucionalmente obtenida, su ilicitud es comunicada, por lo general, a las pruebas derivadas, por lo que hay que examinar en qué circunstancias y condiciones las pruebas derivadas han de ser también excluidas o no del acervo probatorio. Dichas excepciones, basadas en diferentes doctrinas, son el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y el acto de voluntad libre (Sentencia SU-159-02).

Para concluir este acápite, se puede aseverar que el derecho a la prueba tiene a la prueba lícita como un verdadero límite constitucional y legal para su ejercicio, pero que dada su importancia dentro del proceso judicial, y apelando en muchas ocasiones a valores de verdad y justicia, puede prevalecer sobre otros derechos fundamentales, revistiéndose así con una sólida autonomía de cara al derecho fundamental al debido proceso.

Se asume aquí que si bien deben defenderse de manera contundente las garantías procesales fundamentales, bajo el marco de un Estado Constitucional de Derecho, también es bien vista la ponderación con respecto a las excepciones de las pruebas derivadas de la prueba principal, ilícitamente obtenida o practicada, para casos concretos, en pro de la verdad y la justicia; no obstante, para ello se tendrían que definir de forma profusa los criterios para su operatividad, pues tal como han funcionado hasta ahora se deja un margen amplio para su aplicación y para la discrecionalidad del juez, poniéndose desde luego en riesgo las garantías constitucionales, cuestión esta como consecuencia de la actitud omisiva del legislador.

### 3.3 Legalidad de la prueba

Podría considerarse prueba legal, aquella que cumple con los requisitos legales preceptuados en la materia, esto es, el cumplimiento de las debidas formas y ritualidades, tanto para su obtención como para su incorporación al proceso judicial; o visto de forma opuesta, la prueba ilegal, que incluye los actos de investigación y actos probatorios propiamente dichos, es aquella en cuya obtención o práctica se ha infringido la legalidad ordinaria, dado que no se han observado las formalidades legales establecidas para ello.

Por ende, otro de los límites constitucionales y legales del derecho a probar, es precisamente la legalidad en cuanto a las formas y procedimientos para fijar una determinada prueba en un proceso judicial, inclusive, en lo que esto pueda incumbir con referencia a la prueba de oficio -como garantía fundamental del acto de administración de justicia-; lo que redundaría justamente en el derecho a la prueba de cada una de las partes, terceros o intervinientes.

Como resultado de este capítulo, y como se demuestra aquí, si bien las medidas que limitan el derecho a probar son severas, verbigracia, la nulidad señalada en el último inciso del artículo 29 de la Constitución, por voluntad del Constituyente, también se denota cierta flexibilización en otras medidas, como la que se refiere a que no toda irregularidad en la producción de la prueba devendría en exclusión probatoria, o las excepciones a la admisión de pruebas derivadas de pruebas directas ilícitamente obtenidas.

Una de las posturas a las que se llega en este estudio, es congruente con los planteamientos de la Corte Constitucional, en este caso, con lo que tiene que ver con la admisibilidad excepcional de la prueba derivada de la prueba directa ilícitamente obtenida, en tanto, si bien se podría contemplar la vulneración del derecho a la prueba de la parte afectada con dicha admisión, esto es, su derecho de defensa y contradicción, al igual que otros derechos fundamentales, *contrario sensu* se satisface el derecho a probar de la parte a quien aprovecharía; dándose para ello, desde luego, las exigencias de tal excepcionalidad.

De otro modo, la verdad en el proceso judicial, que es uno de sus fines, estaría restringida en extremo, y en muchos casos la realización de la justicia material, el acceso a la administración de justicia y la obtención de una reparación integral, se harían ilusorios.

## Conclusiones

1) La prueba es aquel elemento que le lleva la convicción al juez para que éste decida. Es por ello que la prueba se constituye en un derecho fundamental, pues su aportación o contradicción hace valer tanto derechos sustanciales como procesales.

2) El derecho a la prueba es un derecho subjetivo dado que genera una situación ventajosa para quien pretende hacerlo valer, esto es, habilita al sujeto -parte procesal- para reclamar a otro -órgano jurisdiccional- el cumplimiento de determinados deberes de hacer, dar o no hacer. Asimismo, la fundamentalidad de este derecho se manifiesta en cada una de las fases probatorias.

3) El derecho a la prueba tiene un carácter fundamental, en tanto es individual, inherente a la persona, es de aplicación directa e inmediata, justiciable mediante mecanismos constitucionales, como la acción de tutela, regulable mediante ley estatutaria, y es un derecho de los que no son susceptibles de suspensión durante los estados de excepción. Por otro lado, puede ser protegido a través de figuras como el desconocimiento del precedente, la excepción de inconstitucionalidad y la acción pública de inconstitucionalidad, en el evento en que una disposición legal lo vulnere.

4) La prueba no sólo es importante desde la perspectiva epistemológica, sino que es de gran importancia para el Estado colombiano, desde lo constitucional, pues es de los pocos Estados que ha consagrado en este plano la prueba como derecho; gracias a la voluntad del Constituyente de 1991.

5) La violación del derecho a la prueba constituye causal de procedibilidad de acción de tutela contra sentencias judiciales por defecto fáctico, con base en subreglas jurisprudenciales que constituyen hoy precedente en el sistema jurídico colombiano.

6) Los derechos fundamentales no son absolutos, encuentran trazados sus límites en sí mismos. A su vez, el derecho a la prueba encuentra en el mismo texto constitucional su principal límite, cual es la nulidad de toda prueba obtenida con violación del debido proceso, es decir, la nulidad de la prueba por elementos o medios utilizados para su consecución o práctica con violación de otros derechos fundamentales. No obstante, a pesar de esto, existen excepciones a la regla de exclusión probatoria.

7) Existen tensiones entre el derecho a probar y el acceso a la justicia, y el derecho al debido proceso. El acceso a la justicia jalona, apoya, promueve ese derecho a probar, mientras que el debido proceso lo limita, teniendo en cuenta que

es un límite que no desnaturaliza ese derecho a probar; lo mismo que los juicios de conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba.

8) El decreto de la prueba de oficio en el ordenamiento jurídico colombiano, con excepción en materia penal, es un deber del juez, que desde la perspectiva del derecho a probar, puede ser vista como una posibilidad que tienen las partes para acceder a la prueba en tanto la búsqueda de la verdad como uno de sus fines.

9) Existe copiosa jurisprudencia en la que se evidencia la vulneración del derecho a la prueba. Ello supone que el Estado debe intervenir, pues además de que se menoscaba un derecho fundamental, se convierte en un problema generalizado que afecta al total de la administración de justicia, en tanto el defecto fáctico alegado prolonga aún más los procesos judiciales.

10) No hay duda que en Colombia existen garantías jurídicas para asegurar el cumplimiento del derecho a la prueba y un control constitucional del mismo, no obstante, uno de los obstáculos más visibles para que ese cumplimiento sea efectivo en todos los casos es la falta de esfuerzos presupuestales y logísticos del Estado, viendo el derecho a la prueba desde la perspectiva de un derecho prestacional. En este sentido, la Corte ha sido tímida en cuanto a afrontar de manera más contundente el derecho a la prueba, aunque en este punto se debata sobre la facultad del órgano jurisdiccional para intervenir en el gasto público; pero esto desarrollaría parte de los principios del Estado Social de Derecho.

11) Se reitera, la delimitación conceptual del derecho a la prueba es relevante tanto para las partes, en tanto establece cómo y cuándo pueden probar los hechos debatidos; como para el juez, dado que le ofrece los criterios para admitir o rechazar una prueba, decretarla, practicarla y valorarla. Por ello, es de suma importancia, por lo que abarca un aspecto que incumbe a cada ciudadano por la naturaleza misma del derecho a probar, el cual representa una conquista histórica.

## Referencias

- Arango, R. (2001). La justiciabilidad de los derechos sociales fundamentales. *Revista de Derecho Público*, 1 (12), 185-212.
- Arango Rivadeneira, R. & Alexy, R. (2005). *El concepto de derechos sociales fundamentales*. Bogotá: Legis.
- Borrego, C. (2011). *Garantías Constitucionales y las Pruebas Penales*. Caracas: Editorial Livrosca.

- Chinchilla Herrera, T. E. (2009). *¿Qué son y cuáles son los derechos fundamentales?* Bogotá: Temis.
- Devis Echandía, H. (2002). *Teoría General de la Prueba Judicial*. Bogotá: Temis.
- Gascón Abellán, M. & García Figueroa, A. (2003). *Interpretación y argumentación jurídica*. San Salvador: Consejo Nacional de la Judicatura, Escuela de Capacitación Judicial.
- Lopera Mesa, G. P. & Arias Holguín, D. P. (2010). *Principio de Proporcionalidad y Derechos Fundamentales en la Determinación Judicial de la Pena*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura - Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”.
- López Medina, D. E. (2006) *El derecho de los jueces: obligatoriedad del precedente constitucional, análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial*. Bogotá: Legis.
- Lluch, X. A. (2012). *Derecho probatorio*. Barcelona: J.M. Bosch Editor.
- Parra Quijano, J. (2007). *Manual de derecho probatorio*. Bogotá: Librería Ediciones del Profesional.
- Peña Ayazo, J. I. (2008). *Prueba judicial Análisis y valoración*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Picó i Junoy, J. (1996). *El derecho a la prueba en el proceso civil*. Barcelona: Bosch.
- Quinche Ramírez, M. F. (2009). *Vías de hecho: acción de tutela contra providencias*. Bogotá: Ibáñez.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (2007). El derecho a la prueba como un derecho fundamental. *Estudios de Derecho*, 064 (143), 181-206.

## Jurisprudencia

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-055 (1994)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-393 (1994)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-442 (1994)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-006 (1995)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-237 (1995)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-329 (1996)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-100 (1998)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-504 (1998)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-087 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-242 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-488 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-555 (1999)

Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-589 (1999)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-1270 (2000)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-694 (2000)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1395 (2000)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-025 (2001)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-132 (2002)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia SU-159 (2002)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-949 (2003)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-974 (2003)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-778 (2005)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-902 (2005)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1090 (2005)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-171 (2006)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-808 (2006)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-396 (2007)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-162 (2007)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-458 (2007)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-526 (2007)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1100 (2008)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-1246 (2008)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-077 (2009)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-264 (2009)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-747 (2009)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-078 (2010)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-313 (2010)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-395 (2010)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-717 (2011)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-015 (2012)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-319A (2012)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-352 (2012)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-803 (2012)  
Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-117 (2013)

- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-148 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-159 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-169 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-316 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-317 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-518 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-523 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-832A (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-923 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-107 (2014)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-145 (2014)





Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Danza entre los mundos  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.20 x 1.50 m  
Año: 1993

## *La adjudicación de los contratos en el sector público cubano\**

\* Artículo de investigación, producto del proyecto “La celebración y cumplimiento de los contratos frente a los nuevos modelos de gestión económica en Cuba. Realidades y desafíos para el Derecho Civil, de Familia y Agrario”, desarrollado por el Colectivo de Investigadores del Departamento Civil de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, la investigadora principal es la Dra. Maidolis Labañino Barrera, son coinvestigadores: Rolando Pavó Acosta, Arsul José Vázquez, Elizabeth Bausa y José Kárel Fernández Martel, proyecto financiado por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a05

Fecha de recepción: 09 de marzo de 2015

Fecha de aprobación: 03 de junio de 2015

# La adjudicación de los contratos en el sector público cubano

*Rolando Pavó Acosta<sup>1</sup>*

## Resumen

Los cambios más recientes en la economía a nivel internacional y nacional implican varios desafíos para la sociedad y especialmente para el marco legal que regula los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. El trabajo presenta un panorama sobre las tendencias fundamentales en las teorías jurídicas y en el Derecho comparado en Iberoamérica y demuestra la existencia de insuficiencias en la legislación cubana que regula los procedimientos para celebrar licitaciones, que no le permiten enfrentar adecuadamente los retos actuales y futuros, particularmente la prevención y enfrentamiento de la corrupción administrativa, la búsqueda de eficiencia en el empleo de los fondos públicos y la necesaria apertura a la inversión extranjera y al comercio internacional.

**Palabras clave:** adjudicación de contratos, contratos públicos, licitaciones, corrupción administrativa.

## The award to the contracts in the Cuban public sector

### Abstract

The most recent changes in the economy at international and national level imply several challenges for society, especially for the legal framework that regulates adjudication procedures for public contracts. This work presents a panoramic vision on the main tendencies in the juridical theories and in the comparative Law in Iberoamerica, and it demonstrates the existence of inadequacies in the Cuban legislation that regulates the procedures to celebrate bids which do not allow them to adequately face the current and future challenges, particularly the prevention and confrontation to administrative corruption, the search for efficiency in the use of the public funds, and the necessary opening to foreign investment and the international trade.

**Keywords:** adjudication of contracts, public contracts, bids, administrative corruption.

---

1 Profesor Titular de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Doctor en Ciencias Jurídicas y Especialista de Postgrado en Asesoría Jurídica de Empresas, por la U.O., Especialista de Postgrado en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y Master en Derecho Agrario por la Universidad de La Habana. Dentro de este proyecto se dedica a la línea de investigación sobre los contratos administrativos. E-mail: rpavo@fd.uo.edu.cu

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Pavó Acosta, R. (2015). La adjudicación de los contratos en el sector público cubano. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 89-117. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a05

# La adjudicación de los contratos en el sector público cubano

## Introducción

*Lo que debemos hacer con los hechos banales es descubrir qué problemas específicos y quizás originales están conectados con ellos.*

El sujeto y el poder. M. Foucault.

Diversos factores han estado generando un aumento y complejización de las transacciones comerciales, entre los cuales se destacan los procesos de globalización y la creciente transnacionalización y la informatización de las operaciones financieras, los avances en los procesos de integración regional; de todo lo cual ha derivado el imperativo de la aproximación normativa e institucional. En ese contexto ha ido avanzando la comprensión sobre la necesidad de contar con instrumentos normativos que regulen adecuadamente la contratación en el sector público de la economía a los efectos de propiciar la racionalidad y el uso eficiente de los fondos públicos, especialmente en el ámbito de la adjudicación de tales contratos mediante licitaciones. A este respecto resulta oportuno traer a colación el hecho de que en el año 2003 fue adoptada la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, que contiene pronunciamientos específicos encaminados a la prevención y enfrentamiento de la corrupción que puede generarse con motivo de la celebración de contratos entre los particulares y las administraciones públicas.

La adjudicación de los contratos en el sector público no ha sido de los temas más transitados por los juristas cubanos, como una consecuencia lógica del predominio del mecanismo de adjudicación directa de este tipo de contratos, sucediendo que en general se habla poco sobre el tema y se publica todavía menos; lo que tal vez se asocia a la percepción de que se trata de hechos banales y que por su cotidianidad deben ser tolerables, o porque se afecta el prestigio de un país y de sus instituciones, o por las consecuencias personales que pudieran acarrear. Es así que aparecen como las únicas publicaciones científicas recientes sobre este tema en las últimas décadas: “Las licitaciones y la competitividad de la empresa cubana”(2004) y “Desafíos actuales y perspectivas de cambio en torno al marco jurídico de las

licitaciones en Cuba” (2006), ambas de Rolando Pavó Acosta y Gledys Taquechel Lafargue, lo que ha desembocado en una situación de carencia en el análisis de las polidimensionales conexiones de la contratación pública con otros fenómenos sociojurídicos, como lo es la corrupción administrativa.

Paradójicamente en las últimas décadas han estado aflorando inquietantes manifestaciones de corrupción administrativa en el ámbito de las transacciones comerciales, todo lo cual debería revitalizar el debate sobre las formas de adjudicación de los contratos en el sector público; en este sentido cabe subrayar que en el caso de Cuba, en el lustro más reciente, se visualiza un escenario matizado, de una parte, por la crisis económica (en la que concurren problemas como la obsolescencia tecnológica, la ineficiencia tradicional de numerosas empresas estatales, las demandas de incrementar la inversión extranjera) y de la otra, por el incremento de las formas de gestión no estatales en la economía, el aumento de la inversión extranjera y de la intensidad de las conexiones entre el sector estatal y el no estatal de la economía, lo que consecuentemente podría –y debería– provocar las reformas legislativas que resulten pertinentes para suprimir los resquicios legales propiciadores de tales actos y asegurar la mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos; sin embargo, como aquí se demostrará, aún no ha acontecido así. El examen de estos hechos pone de manifiesto el incuestionable impacto económico, político, social y ético de la corrupción administrativa relacionada con la adjudicación de los contratos en la realidad cubana y muestra la pertinencia del presente análisis.

La investigación se desarrolló asumiendo como problema científico el determinar en qué medida la legislación cubana vigente que regula los procedimientos de adjudicación de los contratos en el sector público en Cuba, ofrece una respuesta acorde con el nuevo panorama social y económico, diagnosticando su pertinencia para enfrentar los retos actuales y perspectivas, particularmente para la prevención del fenómeno de la corrupción administrativa en este ámbito, y la necesidad de eficiencia en el empleo de los fondos públicos, para lo que se partirá de una mirada interdisciplinaria y del examen de los más consolidados criterios doctrinales y legislativos a nivel internacional. Los métodos de investigación científica utilizados comprenden, el análisis histórico jurídico, el análisis jurídico comparado de las normas jurídicas, el análisis exegético jurídico de las normas, la medición sociológica, en este caso a través de entrevistas, la observación sociológica, mediante el análisis de documentos (convocatorias, pliegos de licitaciones y otros) y el estudio de casos, tomando como fuente el análisis de contenido de la prensa plana.

La investigación en una primera parte examinó los conceptos y principios fundamentales que conforman la teoría de los contratos administrativos y sus procedimientos de adjudicación, así como de la corrupción administrativa asociada

a esos ámbitos, a los efectos de establecer las regularidades y tendencias en la doctrina jurídica.

En la segunda parte se analizó la legislación iberoamericana, abarcando: la Ley de los contratos de las administraciones públicas de España de 13 de mayo de 1995; Decreto 1023 de 16 de agosto de 2001; Régimen de contrataciones de la administración nacional; Decreto 893 de 7 de junio de 2012; Ley 19.886 –Ley de compras públicas de Chile– de 29 de agosto de 2003; Ley de obras públicas del Distrito Federal de México; Decreto de 29 de diciembre de 1998 de licitaciones de Venezuela de 1990 y Decreto 1555 de reforma parcial de 13 de noviembre de 2001; Ley 9.854 de 27 de octubre de 1999; Licitaciones y contratos de la administración pública de Brasil; Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de Ecuador de 22 de julio de 2008; Ley 323 de Contratación del Estado de Nicaragua de 2 de diciembre de 1999.

También se analizaron instrumentos internacionales como: la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales de 1996; Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada el 12 de diciembre de 2003 en Mérida, México; la Convención Interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996; el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico el 21 de noviembre de 1997. Todo ello a los efectos de constatar las regularidades y tendencias en el tratamiento de la corrupción administrativa asociada a los procedimientos de formación de los contratos administrativos.

Y finalmente se diagnosticó el estado actual de la legislación cubana vigente sobre los contratos administrativos y los procedimientos de licitación, evaluando su pertinencia para enfrentar retos como la corrupción en esos ámbitos, la necesidad de eficiencia en el empleo de los fondos públicos, la mayor apertura de la economía a la inversión extranjera y al comercio internacional y el aumento de los vínculos entre las empresas estatales y las entidades privadas.

## **1. La adjudicación de los contratos en el sector público: sus fundamentos teóricos**

Se puede o no concordar con que hablar de adjudicación de contratos puede ser un término no bien acogido por la doctrina, entendiéndose que los contratos no se

adjudican sino que se celebran, al ser un acuerdo de voluntades, puesto que además la adjudicación es el acto jurídico unilateral de un sujeto, por el cual hace ingresar un bien o un derecho patrimonial, pecuniario, real, personal o de otra índole perteneciente a su patrimonio, al de otra persona mediante un procedimiento establecido en la ley (Gutiérrez, 1993, p. 965). Es evidente que en las licitaciones no sucede así, pues en realidad el arrendamiento consiste en un derecho real de aprovechamiento sobre un bien ajeno, y la compraventa significa la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien ajeno mediante el pago de un precio; resultando que mediante la licitación los particulares si bien no adquieren directamente tales derechos, ocurre que mediante un acto administrativo se declara a su favor un derecho previo de adquirir un bien público por compraventa, o el derecho real de aprovechamiento sobre este bien; tal vez por esa razón una amplia doctrina y legislación sobre este tema continúa hablando de adjudicación de los contratos públicos.

Bandeira de Mello ha afirmado que si los particulares disponen de amplia libertad para vender, adquirir, arrendar bienes, contratar y ejecutar obras y servicios; en cambio los sujetos del sector público para hacerlo necesitan de un procedimiento preliminar rigurosamente determinado y preestablecido legalmente, tal procedimiento se denomina licitación (citado por López Elías, 1999, p. 47).

En este sentido es prudente significar que la doctrina en general ha empleado como criterios identificativos de los contratos administrativos o contratos públicos: 1) el elemento subjetivo (la intervención de la administración como parte contratante); 2) el criterio competencial, que como tendencia histórica han primado, o sea, su no sometimiento a la jurisdicción civil ordinaria a diferencia de lo que acontece con los contratos privados, en este aspecto coincide Mello Coelho (2000, p. 176), al subrayar que en este ámbito los conflictos se someterían a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y 3) el criterio finalista, es decir, que la causa del contrato consiste en la realización del interés público (García, 1999).

En efecto, la administración solo puede adjudicar los contratos de obras públicas a particulares y empresas privadas empleando procedimientos jurídicos especiales; la excepción la constituyen los casos en que la ley así lo autorice porque se trate de obras públicas de escaso valor, por necesidad urgente o por imperativos de la defensa nacional, en cuyos supuestos se podrá adjudicar el contrato por la administración de manera directa sin que medie concurrencia ni negociación, a tal respecto existe coincidencia en la doctrina a nivel internacional en que las licitaciones deben ser como regla general abiertas, pudiendo ser restringidas o negociadas, como excepción en situaciones que se justifique y queden previstas legalmente, porque existan en ese ámbito pocas entidades con posibilidades técnicas de ejecutar esa obra o servicio público (Rizo, 1991, p. 343).

Luego, la naturaleza de la licitación consiste en un procedimiento administrativo, que a juicio de Fraga (1977) “es todo procedimiento integrado por el conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo” (p. 261), este último momento mencionado posee la naturaleza de acto administrativo que contiene y exterioriza una declaración emanada de la administración, con el cual concluye el aludido procedimiento y se decide cuál sujeto es el que va a tener el derecho de concertar con la administración el contrato administrativo convocado.

Resulta forzoso considerar que las licitaciones han devenido en el modo más ventajoso de adjudicación de los contratos celebrados por la administración pública, pues posibilitan estimular la competitividad entre las empresas, propenden al aumento de la calidad de los productos y servicios, contribuyen a la racionalidad en el uso de los fondos públicos, ofrecen mayores garantías para la seguridad jurídica y para el derecho de la libre concurrencia empresarial; todo lo cual deviene relevante desde el punto de vista sociojurídico para sostener la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, y la confianza de los inversionistas tanto extranjeros como nacionales, y como ya se ha dicho, preservar el prestigio de los agentes de la administración, previniendo la colusión entre contratantes y agentes administrativos (López, p. 57), susceptible de incrementarse si los agentes del sector público pudieran siempre adjudicar los contratos de manera libre, directa y discrecional, o manipular la decisión en caso de concurso si este acto no fuera ordenado, controlable y auditable. De todo ello se colige que el bien jurídico protegido por esta institución es la administración pública o el correcto desempeño de la función administrativa del Estado, evitando que los intereses públicos queden a merced de la codicia, la mala fe y las manipulaciones de los particulares (Del Castillo, 1994, p. 48), por lo que indirectamente también se trata de defender jurídicamente intereses económicos de los ciudadanos y de la sociedad.

En este sentido, cabe significar que el Banco Mundial (citado por ONU, 2003, p. 2), ha estimado que la corrupción puede reducir la tasa de crecimiento de un país entre 0.5 y 1 puntos porcentuales por año. Según las investigaciones del Fondo Monetario Internacional –FMI–, la inversión en los países corruptos es casi un 5% menor que en los países relativamente exentos de corrupción; y por otra parte, la agencia de calificación de valores *Standard and Poor's* afirma que hay una probabilidad de entre un 50% y un 100% de que los inversores pierdan todas sus inversiones en un plazo de cinco años en países con diversos grados de corrupción.

Resulta sintomático de esta patología el hecho de que los empresarios sean también afectados por la corrupción administrativa al tener que realizar sistemáticas erogaciones para satisfacer exigencias ilegales de funcionarios administrativos para

poder obtener licencias y autorizaciones, y para participar en licitaciones y obtener la adjudicación de contratos con el sector público.

En tal virtud, no es despreciable la relevancia ética y política de esta cuestión, pues si falta el marco jurídico adecuado para la justa adjudicación de los contratos públicos se menoscaba el principio constitucional de igualdad, ya que los que posean mayores recursos económicos e importantes cuotas de poder político pudieran sobornar con impunidad a los funcionarios administrativos, o traficar influencias para favorecer a sus clientes en las licitaciones, ensanchándose sus redes de poder informal y entronizándose la desigualdad de oportunidades entre los ciudadanos. A partir de tales premisas se ha estimado que la estrategia de combate contra la corrupción que puede producirse en este ámbito del ejercicio de la función administrativa del Estado debe ser integral y sistémica, orientada fundamentalmente a la construcción de instituciones públicas sólidas y democráticas, lo que exige estructuras legítimas, transparentes y regidas por reglas claras y efectivas (Coalición por la Transparencia, 2004, p. 7).

Efectivamente, la calidad y eficacia de las regulaciones jurídicas relativas a los procedimientos de licitación, determina la vulnerabilidad de la sociedad a una modalidad de la corrupción especial que alguna doctrina ha denominado como “blanca o gris”; en el primer caso son las prácticas y usos que lejos de ser mal vistos son justificados por unos y presumidos por los infractores y en el segundo caso son conductas acerca de las cuales los ciudadanos discrepan sobre si son o no corruptas (González, 2005, p. 51). Estos comportamientos que suelen producirse en los marcos de tales procedimientos administrativos resultan de muy difícil detección, precisamente por los espacios donde suelen ocurrir y porque el estado de la cultura jurídica y política de muchos ciudadanos no permite que todos ellos visualicen este fenómeno como inmoral y antijurídico.

De lo cual resulta que si faltan las normas jurídicas sobre las licitaciones o si su calidad es deficiente pudiera ocurrir que: a) Los empresarios proveedores o contratistas ofrezcan sobornos, propinas o comisiones para obtener la adjudicación del contrato y b) Los funcionarios públicos acepten el pago de comisiones y otros beneficios a cambio de conceder ventajas a algunos concursantes en las licitaciones; esto es, lo que en la doctrina penal se denomina como cohecho activo y pasivo. Aquí cabe la acotación de que la comunidad internacional, mediante la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del año 2003, reconociendo la imposibilidad de arribar a una definición universal de la corrupción, sin embargo ha identificado entre los delitos que constituyen actos de corrupción, al soborno o cohecho, englobando aquí al agente activo y al pasivo, y comprendiendo por tanto

a funcionarios públicos y a empresarios, o sea, a todos los que exigen, aceptan, prometen o entregan sobornos.

A pesar de que tales conductas resulten de difícil detección, en la práctica suelen producirse indicios que delatan su ocurrencia como, por ejemplo que: 1) Empresas y empresarios cuyos productos o servicios son de calidad inferior, o de similar calidad a la de todos los que se ofertan, pero con un precio mucho más elevado, obtienen con seguridad la adjudicación de determinados contratos públicos, y 2) Funcionarios públicos que a nombre de empresas públicas compran equipos inservibles o con tecnología obsoleta y defectuosa, o a precios superiores a lo normal, o que venden de productos y servicios, a precios inferiores a lo normal, o que habiendo intervenido en la adjudicación de contratos públicos, autorizan la construcción de carreteras defectuosas, o en los contratos que autorizan no aparecen o presentan deficiencias las cláusulas sobre garantías, servicios postventa, transferencia de tecnología o asistencia técnica; coincidiendo que son los mismos que reciben costosos regalos, acrecen sus cuentas bancarias en cifras ostensiblemente superiores a sus salarios, adquieren inmuebles, autos y otros bienes de considerable valor, o que disfrutan de vacaciones lujosas, incluso costeadas por determinadas empresas o personas. De todo lo cual se induce que se trata de un tipo de corrupción practicada por empresarios y funcionarios públicos de alto y medio nivel, que persiguen un determinado tipo de enriquecimiento. En tal virtud la ya mencionada Convención propuso entre las salvaguardas de la probidad de los servidores públicos, la necesaria declaración de propiedades y rentas, antes y después de cada mandato.

A este respecto, en la mencionada convención quedó acordado que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones que sean eficaces para prevenir la corrupción, debiendo garantizarse como cuestiones fundamentales: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública, b) La formulación previa de las condiciones de participación, c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública, d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de impugnación, y e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular las declaraciones de interés.

A tenor de este instrumento internacional se aprecian avances significativos en la legislación y la jurisprudencia a nivel internacional al establecerse de manera generalizada que los procedimientos de licitación, independientemente de sus

modalidades, deben quedar integrados por varias fases: 1) El aviso, llamado o convocatoria, 2) La presentación de ofertas, 3) La evaluación de las ofertas y 4) La adjudicación del contrato, y que a su vez, estos procedimientos, deben quedar exhaustivamente regulados en cada una de estas fases (Parada, 1997, p. 276) y regidos por los principios de: 1) Imparcialidad, 2) Justicia, 3) Igualdad, 4) Impugnabilidad 5) Transparencia, 6) Publicidad, 7) Objetividad, 8) Claridad de las reglas y 9) Economía.

La jurisprudencia europea ha puesto énfasis en los principios de igualdad y transparencia, considerando que garantizan el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública y que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora, como lo muestran numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], 2011, pp. 10 y 18).

Se puede constatar que existe a nivel iberoamericano un indiscutible desarrollo normativo en torno a los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos mediante licitaciones, apreciándose como tendencia la elaboración de regulaciones cada vez más previsoras y exhaustivas en cuanto a cada uno de los pasos y detalles del procedimiento de licitación, a los efectos de evitar las manipulaciones y la corrupción, garantizando que el procedimiento resulte posteriormente controlable y auditable y que se puedan detectar con claridad los diferentes vicios que suelen producirse en la convocatoria, presentación, selección de la oferta ganadora y en la comunicación de los resultados del procedimiento, se advierte también la tendencia a que tales procedimientos sean regulados de manera integral mediante una ley o norma con rango de ley de carácter general reguladora de las licitaciones para todo el sector público de la economía, ya sean obras constructivas, tecnológicas, de suministro, prestación de servicios o la compra o arrendamiento de inmuebles públicos, tomando como referentes a los instrumentos internacionales aprobados y evidenciando una mayor toma de conciencia de los políticos y la comunidad internacional sobre la necesidad de disminuir la ocurrencia de los actos de corrupción en los ámbitos de las transacciones entre el sector público con el privado.

Sin embargo, para lograr la eficacia del régimen de adjudicación de contratos en el sector público mediante licitaciones y esperar éxitos en la lucha contra la corrupción que le puede estar asociada, se precisa además que los Estados dicten leyes sobre: los procedimientos administrativos, las administraciones públicas, la responsabilidad de los servidores públicos, el proceso contencioso administrativo, las condiciones generales de los contratos en que intervienen dichas administraciones, y que todas estas disposiciones jurídicas se imbriquen con la debida relación sistemática, y adicionalmente habría que resolver problemas, que rebasan el ámbito

de lo normativo; por ejemplo, se ha considerado la incidencia en este fenómeno, de factores como la elevada centralización política y administrativa, la amplia discrecionalidad de los funcionarios y el debilitamiento del aparato y de la función de la administración pública, asociado a una percepción de la poca utilidad para el ciudadano común sobre la institucionalidad (Coalición por la Transparencia, 2004, p. 10).

## **2. La adjudicación de los contratos celebrados por las empresas estatales en Cuba; su devenir histórico en las últimas décadas**

La Constitución de la República de Cuba promulgada el 24 de febrero de 1976, dispuso en su artículo 16 que el sistema económico se desarrollaba sobre la base del Plan Único de Desarrollo Económico Social. Conforme a ese principio, tanto el Decreto Ley 5 de 22 de septiembre de 1977, Reglamento del Proceso Inversionista, como el Decreto Ley 15/78, Normas Básicas de los Contratos Económicos –ambos ya derogados-, consagrarían el paradigma de adjudicación directa de los contratos económicos, tanto entre empresas estatales, como con otras entidades, ya fueran planificados, o no, aún y cuando en este último supuesto, varias entidades, estatales o no, concurrieran en la prestación de los mismos servicios y suministros requeridos por empresas estatales, de modo que el imperio absoluto del mecanismo de adjudicación directa de los contratos era el correlato derivado del papel hegemónico y omnipresente que había alcanzado la empresa estatal en el contexto económico y social de esas dos décadas. En aquel contexto estas empresas recibían cada año un documento -el Modelo 710- elaborado por la entonces Junta Central de Planificación, donde se señalaban los productos, tipo y cantidad, entidad proveedora y receptora.

Aquí cabe la aclaración de que en esta exposición al hacer referencia al caso cubano se han empleado indistintamente los términos empresa pública y empresa estatal, a pesar de la notable diferencia teórica entre ambos conceptos, ya que en Cuba –tal vez como una deformación–, todas las empresas que operan en todo el sector público se consideran propiedad de un solo ente público: el Estado.

En los años 90 del pasado siglo, Cuba perdería las relaciones con sus socios comerciales de la Europa del Este, y como correlato necesario, la reforma constitucional de 1992 ampararía la inversión de capitales extranjeros y la operación de empresas privadas en la economía, con vistas a satisfacer las necesidades estatales y sociales con el concurso de empresas privadas (Pavó & Taquechel, 2006). En este panorama se dictó la Ley 76 de 1994, Ley de Minas, la cual dispuso en su artículo 36 que el Estado a través de las personas jurídicas que designe puede convocar a

licitaciones para investigación geológica, explotación, procesamiento y comercialización de recursos minerales, a fin de elegir la propuesta más ventajosa; pero lo cierto es que ha demorado unos 20 años, la promulgación de la legislación sobre tales licitaciones.

Algo similar aconteció con la contratación de las obras públicas de carácter constructivo, pues el Ministro de la Construcción dictó la Resolución 328, Reglamento del Registro Nacional de Constructores, Proyectistas y Consultores de la República de Cuba, de 28 de octubre de 1996, en la cual incluyó una definición sobre la licitación, y luego el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros mediante su Acuerdo 4086, de 2 de julio de 2001, encargó al Ministro de la Construcción, la tarea de elaborar y aprobar las normas sobre los procesos de licitación para la proyección y ejecución de obras constructivas; siendo apreciable que quedarían fuera de su ámbito el resto de los tipos de obras públicas.

Las investigaciones empíricas realizadas, aunque de ámbito reducido, han evidenciado que en las últimas décadas, a falta de una ley, determinadas entidades han desarrollado licitaciones en base a legislaciones foráneas –fundamentalmente la española–; en otros casos no se califica como licitación a la manera en que adjudican los contratos, sino que utilizan determinadas denominaciones para designar a esos procedimientos de adjudicación de contratos, como el concurso de ofertas, con un precario marco jurídico, aconteciendo que en varios casos las entidades han decidido que en las licitaciones convocadas solo se permitiera participar a determinadas empresas, discriminándolas por territorios o por los organismos a que pertenecen derivando todo ello en falta de uniformidad e inseguridad jurídica en este tipo de procedimientos. Las informaciones brindadas por entrevistas revelaron irregularidades en las diferentes fases en algunas de las licitaciones celebradas, por ejemplo, en las convocatorias, en la presentación de ofertas, en la apertura de ofertas y en la selección de la oferta ganadora. Estas situaciones generaron sentimientos de inseguridad y desconfianza sobre la seriedad de estos procedimientos y de las instituciones que los organizaron, emitiéndose por parte de algunos de los participantes en tales licitaciones criterios sobre la existencia de posibles manipulaciones (Pavó & Taquechel, 2004, pp. 98-101).

### **3. La nueva legislación sobre el arrendamiento de bienes estatales al sector privado**

No es ocioso remarcar que la Constitución cubana luego de la Reforma Constitucional de 12 de julio de 1992, en su artículo 15, reconoce que la propiedad estatal se conforma por empresas, instalaciones, equipos y otros medios de producción que

han sido nacionalizados y expropiados, construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomenta o adquiera; dispone también que estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del gobierno.

Como parte del proceso de cambios económicos, enfatizado por el nuevo gobierno cubano a partir del 2011, se promulgó un paquete de medidas legales regulando de manera experimental la constitución y funcionamiento de las cooperativas no agropecuarias, que incluyó al Decreto-Ley 305, De las cooperativas no agropecuarias, de 15 de noviembre de 2012, el Decreto 309, Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado, de 28 de noviembre de 2012 y la Resolución 570, del Ministerio de Economía y Planificación, Sobre el procedimiento de licitación.

En tal sentido, resulta significativo que según las intenciones del gobierno cubano reflejadas en estos textos legales, los medios de producción estatales, particularmente los inmuebles, no serían vendidos sino arrendados para su uso por parte de las cooperativas no agropecuarias y los trabajadores por cuenta propia. Cabe recordar que tales inmuebles en su mayoría habían sido nacionalizados en la década iniciada en 1960, cuando fueron expropiadas las empresas comerciales privadas y sus establecimientos, incluyendo a los dedicados a la venta a detalle de alimentos, restaurantes y cafeterías (García, Martínez & Martínez, 2004, pp. 72, 81 y 122), como parte de un proceso en el que fueron erradicadas las formas no estatales de gestión de la producción y de los servicios; en consecuencia se enraizaría en la percepción social el paradigma de una empresa estatal capaz de asumir con la calidad y eficiencia la prestación de los servicios comerciales y técnicos a la población; lo que a la larga resultaría una rareza, sino una utopía y una ucronía.

La promulgación del mencionado Decreto-Ley 305, y el hecho de que desde inicios el gobierno haya concebido la constitución de las nuevas cooperativas de manera prioritaria para la prestación de servicios, creándose en un primer momento 230 cooperativas de nuevo tipo, en sectores como: el transporte, la producción de materiales, servicios constructivos, personales, domésticos y profesionales (Martín, Domínguez, Cáceres, Martínez, Rodríguez & Ronquillo, 2012, p. 8), puede apreciarse como una necesaria mudanza de fronteras entre lo estatal y lo privado y delata las múltiples insatisfacciones –tal vez excesivamente postergadas–, en cuanto a la calidad con que tales servicios han venido siendo prestados bajo la forma de gestión estatal, a lo cual se han asociado otros males como la ineficiencia, el descontrol y la corrupción, causantes del desvío sistemático de cifras millonarias de recursos materiales y financieros de las empresas estatales de servicios, y su

perniciosa apropiación por particulares y funcionarios de tales empresas; en un contexto en el que muchos ciudadanos puede que ni cuestionen la eticidad de tales conductas, pues, al decir de Morales, reconocido académico cubano, no reaccionan ante la defensa de los medios de producción de propiedad estatal, al no percibirlos como de su propiedad, generalizándose la expresión popular de que lo que es de todos no es de nadie (2012).

En el caso de la comercialización de los productos agropecuarios y su régimen jurídico en la Cuba de los últimos 50-60 años, su evolución muestra una historia de encuentros y desencuentros entre el Estado y el mercado de estos productos, de decisiones muy variadas y contradictorias: aperturas, cierres y reaperturas. Diferentes estudios han confirmado la cronicidad de algunos problemas en el funcionamiento actual de dichos mercados, como:

- Exceso de regulaciones y limitaciones en cuanto al régimen de concurrencia, como por ejemplo la prohibición de la venta de leche vacuna y sus derivados, carne de ganado mayor, papa, café y otros productos (Nova, 2010, p. 40) y al mismo tiempo insuficientes regulaciones en cuanto al control estatal de los precios y la calidad.
- Deficiente relación precio-calidad de los productos, asociada a la insuficiente oferta, en lo cual han incidido: excesivas pérdidas de la producción en la fase de acopio y comercialización, precaria actividad de beneficio de los productos agropecuarios (Nova, 2013, p. 46), acaparamiento, especulación y desvío de productos desde los mercados estatales hacia otras formas de comercialización, exceso de intermediación, fijación de precios de monopolio por parte de los vendedores concurrentes; todo lo cual ha derivado en una incontrolada elevación de los precios y afectaciones a la seguridad alimentaria (Nova, 2006, p. 308).
- Deficiencias en la protección de los consumidores, asociadas a la ineficiencia, el desinterés, la falta de control y la deficiente calidad de los servicios que se ofertan en estos mercados (Pagés & Castaño, 2006, pp. 4 y 5) (Puig & Martínez, 2013, p. 4).

Coincidiendo en los ya apuntados propósitos de cambio en la comercialización de los productos agropecuarios, se dictó el Decreto 318 de 20 de octubre de 2013, Reglamento para la comercialización de los productos agropecuarios en las provincias La Habana, Artemisa y Mayabeque, que ampara que los mercados agropecuarios puedan ser gestionados no solo por cooperativas no agropecuarias, sino también por cooperativas agropecuarias, empresas y granjas estatales agropecuarias y por los trabajadores por cuenta propia, de lo cual resultó que hasta el 8 de enero de 2014, en las tres provincias objeto de ese experimento, habían sido

arrendados 433 mercados a 157 cooperativas agropecuarias (Ceballos, Sánchez, Díaz & Romero, 2014, p. 4), además está previsto en el Decreto que a partir de la experiencia obtenida durante su aplicación experimental, el gobierno haría los ajustes pertinentes para extenderla a otras provincias o regiones.

La Resolución 570, de 15 de noviembre de 2012, del Ministerio de Economía y Planificación (MEP), establece el procedimiento para que se liciten los bienes de un establecimiento estatal para su gestión por las cooperativas no agropecuarias, incluyendo el arrendamiento o cualquier otro derecho que conceda solo el uso y disfrute de inmuebles; o la venta, arrendamiento o similar de bienes muebles. Resulta deducible la intención del gobierno de buscar la mayor calidad en la prestación de servicios, ahorrar recursos y tratar de prevenir y reprimir la corrupción administrativa que se produciría en este ámbito si estos contratos de arrendamiento se adjudicaran de manera directa por los funcionarios de las empresas estatales propietarias de los mercados agropecuarios o si no hubiera un ordenamiento adecuado de tales procedimientos competitivos, en los que se involucrarían funcionarios estatales, cooperativas y hasta terceras personas interesadas en la inversión y el blanqueo de capitales. Esta decisión también viene matizada por antecedentes inquietantes como que en la última década, en cientos de cooperativas agropecuarias se habían cometido actos de corrupción y servido de instrumento para que particulares realizaran actividades económicas y operaciones financieras ilícitas a través de ellas (Lugo Fonte, 2010, p. 45).

Se dispone en la Resolución que estas licitaciones serían como regla, abiertas y que los organismos, órganos o entidades nacionales que autorizan la licitación podrán excepcionalmente decidir que esta sea restringida, precepto que merece mayor claridad, dado su impacto en lo que se refiere a la prevención y represión de la corrupción que pueda derivar de esa decisión, pues si no se precisan los supuestos jurídicos lo excepcional puede devenir en regla general en la práctica.

Dispone que en toda licitación se observarán los principios de: a) Transparencia, b) Igualdad y c) Publicidad. Con tal fin se regula que la entidad que licita constituirá una comisión integrada por un número impar de miembros, en la que estarán representadas las áreas técnicas, económico-financieras y jurídicas de la entidad y que para cada licitación se librerá una convocatoria, a cuyos efectos se conformará un pliego de licitación, que debe contener como mínimo la información siguiente: a) el objeto de la licitación; b) la identificación del licitante; c) el plazo de duración de la licitación; d) las condiciones específicas de la licitación que debe incluir los derechos y obligaciones esenciales que se asumirán por ambas partes; e) lugar y fecha de entrega de las ofertas; y f) el lugar, fecha y hora en la que se realizará la apertura de los sobres sellados contentivos de las ofertas; al respecto se establece

que los distintos interesados, entregarán sus ofertas en sobres sellados, cuya apertura se realizará ante notario público, dejando constancia del acto en documento público y señalándose que tanto la convocatoria como el pliego de licitación se informarán públicamente por cualquiera de los medios públicos de comunicación que decidan estas entidades.

Dispone que para la adjudicación de la licitación, la comisión seleccionará aquella oferta que asegure las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, condiciones técnicas, entre otros aspectos, que a tales efectos la comisión de licitación confeccionará un informe público en el que deben constar como mínimo: a) los nombres de los miembros de la comisión; b) el objeto de la licitación c) la identificación de los diferentes oferentes; d) las razones técnicas, económicas, financieras, jurídicas entre otras, que motivaron la selección; e) lugar, fecha y hora del informe; f) la firma de los miembros de la comisión y g) el voto particular de algún miembro si lo hubiere. También dispone que la decisión de la comisión de licitación sea razonada y se ajuste a las reglas y condiciones previstas, debiendo darse a conocer a todos los oferentes en el mismo momento, para lo cual se les citará oportunamente.

Establece como una garantía, que de cada licitación se deje constancia mediante un expediente, que deberá conservarse durante cinco años, y que contendrá como mínimo los siguientes documentos: la autorización de licitación, el medio o modo empleado para hacer público el pliego, el pliego de la licitación, las ofertas entregadas, el documento que acredita el acto de apertura de los sobres.

El análisis exegético jurídico de la aludida norma sobre licitaciones, permite detectar omisiones significativas, como que:

- No se fija un plazo mínimo para librar las convocatorias, tampoco regula vías obligatorias y alternativas para publicarlas, ni las razones para efectuar licitaciones restringidas, todo lo cual queda en el ámbito de la discrecionalidad de la administración que organiza la licitación.
- En cuanto a los pliegos de licitación no se prevén reglas sobre la capacidad de los concursantes - capacidad técnica, profesional, económica, financiera, ética y jurídica-, ni sobre los requisitos formales para acreditarla, ni las causas legales de incapacidad o inhabilitaciones para participar en las licitaciones (Parada, 1993, p. 295), tanto para intervenir como licitador o como para ser miembro del órgano licitante, tampoco se regulan las causas de descalificación de las ofertas y especialmente, la prohibición de descalificación por detalles formales y las exigencias de contenido que deben contener los pliegos de licitación: especificaciones técnicas de los objetos, los criterios de calificación, su ponde-

ración y la forma en que se cuantificarán, las normas, métodos y pruebas que se emplearán para establecer si las propuestas se ajustan a las especificidades definidas, el proyecto de contrato que se suscribirá con el beneficiario, las condiciones y requisitos de las garantías que se exigirán con ocasión del contrato, todo lo cual igualmente quedaría en los ámbitos de la actuación discrecional de la administración que licita. A este respecto, por ejemplo, la legislación de Brasil prevé de manera precisa la posibilidad de impugnar el procedimiento amparándose en la ocurrencia de irregularidades con motivo de habilitación o inhabilitación de un licitante, en la calificación de propuestas, la anulación o revocación de la licitación, o en la rescisión del contrato cuando está determinada por un acto administrativo unilateral (Brasil. Tribunal de Cuentas de la Unión, 2006, p. 367).

- En cuanto a los sujetos que forman parte del órgano administrativo licitante, no se regula la obligación del personal de respetar la confidencialidad, de no usar en su beneficio o de terceros la información privilegiada, ni a la responsabilidad por tales violaciones, las sanciones administrativas por infracciones en las licitaciones y tampoco se prevé la recusación de funcionarios administrativos como miembros de la Comisión de Licitaciones, por parentesco, amistad o enemistad, interés personal, o relación de servicios en la licitación, lo cual constituye una derivación lógica del principio de imparcialidad (Hamdan, 2001, p. 442).
- Se omiten importantes principios rectores de las licitaciones, como los de imparcialidad, objetividad, claridad de las reglas, economía y justicia.
- No se precisan los supuestos de nulidad y anulabilidad de los procedimientos de licitación.
- No se establecen garantías u otras previsiones legales para los casos en que el ganador de la licitación, se rehúse a firmar el contrato, como tampoco las garantías jurídicas en caso de que la administración de manera unilateral, poco tiempo después de adjudicado y firmado el contrato de arrendamiento decidiera resolverlo.
- Existe degradación normativa, pues conforme la consolidada doctrina y práctica legislativa a nivel internacional, se supone que el régimen de licitaciones quede establecido por una ley y no por una norma administrativa ramal.

De manera que en el régimen jurídico del aludido procedimiento administrativo de licitaciones se concede un amplio espacio para la actuación discrecional y no reglada de la administración, a lo cual se agrega como agravante la escasa previsión sobre los límites de esas potestades discrecionales, lo que resulta una deficiencia relevante para la eficacia de dicho procedimiento y la seguridad jurídica.

A este respecto vale la pena traer a colación el tema de la existencia de fronteras en el empleo de las potestades discrecionales concedidas a la administración. Plantea Gordillo (2003), conocido tratadista argentino, que tales límites son: la razonabilidad (es decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente; en otra formulación, la justicia), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropia), la buena fe, la discrecionalidad cero, el *alterum non lædere*. De acuerdo con la doctrina éstos son sólo los denominados límites elásticos, pues también deben operar otros límites de las facultades discrecionales, como la equidad y los principios generales del Derecho en cuanto puedan ser de aplicación, debiendo observarse también como límites los principios de legitimidad y de oportunidad (pp. X-21 y X-26).

Como podrá apreciarse se trata todavía –aunque un paso de avance–, de un régimen jurídico bastante primario y básico sobre las licitaciones, muy alejado de los avances conceptuales y técnicos que sobre esta institución se han producido en las últimas décadas a nivel global, muy distante también de la rigurosidad que tales disposiciones exhiben en los países iberoamericanos, pues la resolución comentada, en su lacónico texto, deja sin respuesta un listado amplio de interrogantes, al pasar breve y superficialmente sobre toda una serie de incidencias trascendentes para que una licitación, resulte eficaz, quedando múltiples intersticios para que la licitación resulte un acto banal, formal y burocrático más, o peor aún, para que se deslice impunemente la corrupción administrativa.

La mencionada Resolución 570 del MEP regula que los participantes en la licitación pueden en el término de tres días hábiles a partir de la notificación del informe, presentar ante la Comisión una aclaración del informe, que la comisión tiene un término de cinco días hábiles para dar respuesta aclaratoria y que cualquiera de los oferentes cuya oferta no fuera seleccionada, puede en el término de cinco días hábiles desde la notificación del informe presentar recurso de reforma ante la propia Comisión, y que la misma deberá responder en un término no mayor de 10 días hábiles; regula también que si el recurso de reforma se declarase con lugar generando una decisión diferente a la inicial, se citará nuevamente a todos los participantes para en un único acto dar a conocer la nueva decisión y establece también que la decisión definitiva resolviendo el recurso de reforma es impugnabile ante la vía judicial.

A esos efectos el Tribunal Supremo Popular (TSP) estableció mediante el Acuerdo 1 de su Consejo de Gobierno, de 9 de enero de 2013, que la competencia judicial para conocer de la impugnación de la decisión definitiva de la Comisión de Licitación en este tipo de procedimientos, se ventilará en primera instancia ante las Salas de lo Civil y Administrativo de los Tribunales Provinciales por los trámites del proceso administrativo -o contencioso administrativo-, mandato que resulta ajustado a las tendencias ya consolidadas en la doctrina y el Derecho com-

parado, al exigir una condición de procedibilidad, en este caso, el agotamiento de la vía administrativa para que el inconforme pueda acudir al proceso contencioso administrativo (Briceño, 1968, pp. 229-234); pero se acoge a criterios más recientes de la doctrina del Derecho Procesal Administrativo que se proyectan sobre el principio de economía procesal, considerando ya agotada la vía administrativa cuando la Comisión de Licitación resuelva el recurso de reforma, sin posibilitar ulteriores recursos de alzada o apelación. Se ajusta también a una tendencia reciente del Derecho Administrativo de ampliar el concepto de administración pública y en consecuencia extender el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual atiende a un problema práctico: asegurar la tutela judicial de quienes resulten afectados en sus derechos por actos y disposiciones, en casi todo semejantes a los que emanan de las administraciones públicas, tal y como lo justifica, por ejemplo la Ley 29, De la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de España, de 13 de julio de 1998, en su exposición de motivos.

Sin embargo, resulta cuestionable la jerarquía de la mencionada disposición jurídica cubana, al no ser una ley, ni otra norma con ese rango la que atribuye a las salas de los tribunales la competencia sobre un nuevo asunto, a pesar de que implica una modificación de los artículos 655 y 667 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977 (LPCAL).

Otra observación crítica, tiene que ver con la omisión en torno a la inactividad formal o el silencio administrativo, pudiendo acontecer que la comisión de licitación no diera respuesta en el término establecido, ante lo cual el afectado debería igualmente poder acudir al tribunal; pero el Acuerdo nada dice sobre esto y mucho menos sobre el término en que podría hacerlo, quedando estas otras dos interrogantes también sin solución legal precisa, lo que derivaría en inseguridad jurídica. También es omiso respecto a si la propia administración en este tipo de licitación ¿puede o no declarar la lesividad a los intereses públicos de una decisión que adjudicare el contrato de arrendamiento?, y en tales casos, ¿Si quedan acaso legitimadas estas administraciones locales para acudir al tribunal instando el proceso contencioso administrativo tal y como lo disponen los artículos 575 y 677 de la LPCAL?

Una cuestión adicional que vale la pena subrayar es que la impugnación debe basarse puntualmente en irregularidades en el procedimiento de licitaciones, motivos que la doctrina ha denominado como vicios –en la convocatoria, en la apertura de ofertas y en la adjudicación (López, 1999, pp. 205-212)– y en otros incumplimientos de las normas generales de los procedimientos administrativos que afecten los principios que rigen las licitaciones, como sería el caso, por ejemplo, la relación de parentesco entre alguno de los que integran la Comisión de Licitación y los sujetos que intervienen en la licitación, o en el caso de interés manifiesto de alguno de los

miembros de esta Comisión. Pero nada al respecto queda previsto legalmente, sobre ello resulta oportuno apreciar la existencia en los ámbitos de la doctrina iberoamericana una exhaustiva elaboración acerca de los vicios de los actos administrativos; por violación de la legalidad, por violación de los principios generales del Derecho, por usurpación de funciones de autoridad o poder, por desconocimiento del debido proceso, vicios de forma en el procedimiento, referentes al objeto, concernientes a los motivos y a la finalidad del acto, por falsa motivación, por desvío de poder (Santofimio, 1994, pp. 269-349).

Sin embargo pudiera enervar la acción del inconforme el hecho de carecerse en Cuba de una ley del procedimiento administrativo común donde se ofrezcan los presupuestos para la invalidez de los actos administrativos, especialmente de los actos de los procedimientos; aunque al contrario –como lo hace Vicente Rapa Álvarez–, se haya sostenido que existe la posibilidad de aplicación supletoria del Real Decreto de 23 de septiembre de 1888, Sobre Procedimientos Administrativos dictado por la monarquía española para regir en Cuba, argumentando que pese a tener ya más de un siglo de vigencia y a su relativa obsolescencia, no ha sido formalmente derogado y que los jueces en algunos procesos lo han continuado aplicando para la solución de casos precisamente en sede de lo contencioso administrativo (Pavó, 2011, p. 101); pero esta posición sería discutible y es fácil suponer la inseguridad jurídica que deriva de esta situación en la que algunos operadores jurídicos reconocen la vigencia de esta norma y otros incluso no saben de su existencia.

Otro gran inconveniente que enfrentarían los que acudan en busca de justicia mediante el proceso contencioso administrativo, reside en las visibles imperfecciones normativas y todavía más en la eficacia que padece tal proceso en Cuba, aunque igualmente en otros países; el profesor González Pérez con su probada solvencia científica en la esfera del Derecho Administrativo, ha expresado que, “Su eficacia encuentra múltiples obstáculos de índole muy diversa, difícilmente superables. Pero todos giran en torno a un hecho básico; la quiebra del principio de igualdad de las partes y que por eso es la especie que mejor pone de manifiesto las deficiencias y las impotencias del proceso” (1971, p.76). Precisamente una de tales carencias consiste en el recorte que supone el establecimiento en la LPCAL cubana de la inimpugnabilidad de los actos realizados por la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales por vía del proceso contencioso administrativo, criterio reafirmado por el Dictamen 284 de fecha 9 de febrero de 1988, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de la República de Cuba, cuando subraya que de conformidad con el artículo 657 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, las resoluciones de la Administración en ejercicio de su facultad discrecional, no son interpelables en la vía jurisdiccional; así que a quien el órgano u organismo administrativo le otorgue menos de lo que de él interesó o se le

rechace íntegramente, no puede interponer demanda contra la misma, y de hacerlo, debe ser de plano rechazada. Pero esta posición no es coincidente con las tendencias que se han ido afirmando en la doctrina y en la jurisprudencia a nivel internacional, pues imprime un cierto margen de impunidad al actuar administrativo que no va a someterse a más control que el que se ejerce por los funcionarios administrativos de jerarquía superior a aquel del cual emana el acto, con las limitaciones que se conoce le son inherentes a tal mecanismo.

#### **4. La adjudicación de los contratos en el sector estatal cubano y sus retos: la inconclusa búsqueda de eficiencia, seguridad jurídica y del control sobre la corrupción administrativa**

El panorama actual –y en el futuro inmediato– del sistema económico cubano, tal y como ha venido siendo actualizado, pudiera caracterizarse siguiendo el modelo formulado por el profesor Witker (1985), considerando la coexistencia entre un sector económico (que funciona a partir de la propiedad estatal que produce a través de empresas estatales inscritas en planes económicos y con destino a toda la sociedad con el propósito de asegurarle consumos mínimos globales) y de otro sector económico, basado en la propiedad no estatal, que va a producir lo que el mercado demande a través de empresas privadas, con destino a los consumidores con poder de compra (p. 25). Obviamente en ese contexto, también delineado por la persistencia de la crisis económica, se ha estado dibujando un nuevo escenario mucho más complejo, desde el punto de vista de la diversidad de actores y de las interrelaciones entre ellos, incrementándose de modo inédito los contactos entre las empresas y entidades del sector estatal y las empresas privadas, esos espacios han estado generando múltiples desafíos; entre ellos destaca la necesidad de lograr la competitividad de las empresas estatales, la eficiencia en el empleo de los fondos públicos y el establecer un adecuado nivel de seguridad jurídica en el régimen de concurrencia en la producción y la prestación de los servicios entre las formas de gestión estatales y no estatales; otro es la necesidad de modificaciones legislativas que aproximen mucho más al Derecho Empresarial cubano al de los países de la región, dados los avances en los esfuerzos integracionistas. Tales cambios evidentemente han producido un aumento de las oportunidades para la ocurrencia de hechos de corrupción administrativa en las transacciones comerciales entre el sector público y el privado, asociados al mecanismo de libre elección de los contratantes por parte de los directivos de las empresas estatales y por otros funcionarios administrativos.

A tal respecto, viene a propósito recordar que el país acopia en su historia algunos hechos, que si bien no se sancionaron públicamente como actos de corrupción no dejan de resultar todavía raros, a pesar de haber transcurrido varias décadas,

como sucede con la compra de un lote de barredoras de nieve, hecho del cual se ha comentado que, “La compra de semejante artefacto está entre los *Guinness* de las torpezas en la estrategia importadora nacional, pese a que entre este montón de islas e islotes calentones y húmedos es imposible que caiga ni un «copito», por nuestra circunstancia geográfica y atmosférica” (Ronquillo, 2014, p. 3).

Valdría la pena a este respecto, sin pretender ser exhaustivos, considerar algunos hechos tipificables como actos de corrupción ocurridos en fecha reciente, en los que concurrieron precisamente irregularidades en las transacciones comerciales entre empresas estatales y empresas privadas extranjeras. Como se verá, resulta notorio en todos esos casos el aprovechamiento por parte de los infractores, de la excesiva autonomía concedida por la legislación a los funcionarios administrativos para adjudicación directa de los contratos y fijar a discreción sus cláusulas.

Aquí cabe la valoración que hiciera el ya citado profesor Morales (2012), al analizar las causas de la corrupción en Cuba de que, “Muchas personas que ostentan cargos, utilizan su posición dirigente para equilibrar sus ingresos por medio del desvío de recursos. Creándose una red, dentro de la cual, dirigentes de diferentes actividades intercambian favores y privilegios de acceso a bienes materiales”. Pero en estos casos –sobre los cuales vale la pena aclarar que se trata solamente de los que han sido ya sancionados por los tribunales cubanos y se ha brindado información oficial–, resalta que se trata de una corrupción media y alta, es decir, por personas que se lucran con fines de acumulación de recursos financieros para eventuales inversiones posteriores.

En el último trimestre del 2010 fueron procesados penalmente una decena de ejecutivos de las plantas procesadoras de níquel “René Ramos Latour” y “Pedro Soto Alba” por el débil control sobre los recursos destinados al proceso inversionista y productivo de estas industrias, incluyéndose la aceptación de sobornos o comisiones en los contratos autorizados por algunos de estos ejecutivos, hechos que al parecer fueron determinantes en la destitución de la ministra de la industria básica. Como saga de esta causa, el 21 de junio de 2014 concluiría el juicio en el Tribunal Provincial de La Habana contra los empresarios canadienses Vahe Cy Tokmakjian, Marco Vinicio Puche Rodríguez y Claudio Franco Vetere, imputándoles la utilización de mecanismos fraudulentos y sobornos para obtener beneficios en las negociaciones con entidades estatales cubanas, siendo también juzgados en esa causa unos 10 funcionarios administrativos, entre ellos un ex viceministro del extinto Ministerio del Azúcar (MINAZ), el ex director general de la empresa Cubaníquel SA, el ex director de Ferroníquel Minera SA, el ex director de CISTUR, y otros altos funcionarios del extinto MINAZ y del Ministerio de la Industria Básica, más cinco directivos de la Sucursal Tokmakjian Group en Cuba (Nota Oficial, 2014, junio 30).

En mayo de 2011, fueron condenados por el Tribunal Provincial de La Habana el empresario chileno Max Marambio (juzgado en ausencia), Presidente de la Empresa Mixta Río Zaza SA, productora y comercializadora de alimentos y el ex Ministro de la Industria Alimenticia, por delitos de cohecho, estafa, falsificación de documentos bancarios o de comercio y por actos contra la contratación económica (Nota Oficial, 2011, mayo 5). En el mes de junio, en otro proceso posterior contra Marambio, fueron sancionados 11 ejecutivos de la mencionada empresa Río Zaza SA y funcionarios del Ministerio de la Industria Alimenticia, entre ellos un ex viceministro, porque a cambio de sobornos y comisiones ilegales desviaron y permitieron el desvío de productos y materias primas, falsearon información y adulteraron documentos (Nota Oficial, 2011, junio 10). Este caso no deja de ser curioso, pues Marambio había arribado a Cuba por primera vez a finales de los 60, entablando amistad con altos dirigentes cubanos y también fue jefe de la escolta personal del Presidente Salvador Allende, detalles que aparecen en su libro *Las armas de ayer*, publicado en el 2008 y prologado por el Premio Nobel colombiano Gabriel García Márquez. Posteriormente el empresario chileno acudió a la Corte Internacional de Arbitraje de Comercio de París donde estableció querrela contra el gobierno cubano y no se ha vuelto a hablar públicamente de este asunto.

En junio del 2011 el Tribunal Provincial Popular de La Habana, sancionó (también juzgado en ausencia) al empresario chileno Marcel Luis Marambio presidente de la Empresa Mixta de Viajes Turísticos Sol y Son SA y a 14 directivos de la compañía Cubana de Aviación, por delitos de estafa y cohecho (Nota Oficial, 2011, junio 7).

En julio de ese mismo año el Tribunal Provincial de La Habana, sancionó a unos diez de directivos de la empresa Cubana de Aviación SA y de la Heberbiotec SA, comercializadora de productos biotecnológicos y farmacéuticos, por haber recibido comisiones y otros beneficios para favorecer en las negociaciones contractuales a empresas extranjeras en perjuicio de empresas cubanas, e igualmente a los principales responsables comerciales de la sucursal en Cuba de la empresa extranjera Caribe Cargo SA (Nota Oficial, 2011, julio 30).

## **5. La adjudicación de contratos en el sector estatal; los tímidos cambios en la legislación reciente**

El 7 de octubre de 2010 se dictó la Resolución 32, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia, ampliando la autorización hasta más de 200 oficios y servicios, y asociado a ello, luego

de demoradas tentativas, se emitió la Instrucción 7, del Ministerio de Economía y Planificación, Indicaciones a las entidades estatales para la contratación de los productos y servicios de los trabajadores por cuenta propia, de 18 de noviembre de 2011, a tales efectos se reguló que este tipo de relación comercial debe formalizarse a través de contratos y que a dichos contratos se les dará para su aprobación el mismo tratamiento que al resto de los que suscriba la entidad, es decir se concertarán mediante adjudicación directa. A esos fines, el Banco Central de Cuba, dictó la Resolución 101, Normas bancarias para los cobros y pagos, de 18 de noviembre de 2011, por la cual autorizó a las empresas estatales a efectuar los pagos que correspondan a los trabajadores por cuenta propia, fijando como límite que no excedan de los gastos establecidos en el plan o el presupuesto aprobado para cada entidad. Obvio sería deducir que no parece que estas regulaciones legales, tan genéricas, puedan resultar suficientes para prevenir que directores de empresa adjudiquen los contratos a los contratantes que ofrezcan mayores comisiones, sobornos o a cambio de otros favores.

A finales del 2011 mediante la Resolución 122 de 14 de noviembre, el Ministerio de la Agricultura, autorizó la venta directa de productos agropecuarios por agricultores y cooperativas a las entidades del sector del turismo, a los fines de posibilitar mayor autonomía de gestión en las cooperativas agropecuarias y de reducir las importaciones de alimentos. Al amparo de esta disposición jurídica al concluir el 2012 se habían firmado 396 contratos entre 236 instalaciones turísticas pertenecientes a las compañías extrahoteleras y cadenas hoteleras estatales (*Mintur, Gaviota SA, Gran Palco y Habaguanex*) y 197 cooperativas y 2 granjas estatales (Delgado, López & González, 2013, p. 5). En ese sentido resulta significativa la expresión del Jefe de Compras de un hotel importante de La Habana, de que, “Ahora tenemos la posibilidad de escoger a quien le compramos y pactar los precios” (Delgado, López & González, 2013, p. 5); (p. 5) pero emerge inmediatamente la interrogante, ¿Con base en cuáles criterios los gerentes de tales hoteles decidirían que sea uno y no otro el productor adjudicatario del contrato?, y en este sentido, ¿Cómo evitar que la decisión no recaiga sobre el contratante que ofrezca soborno, comisión a ese directivo, o a cambio de otros favores?

En el 2012, se dictó el Decreto Ley 295, con el propósito de darle continuidad al fortalecimiento del sistema estatal de dirección y gestión empresarial cubano, cuyas propuestas centrales han ido en el sentido de combinar la planificación social y el mercado por medio del otorgamiento a la empresa de una mayor autonomía para asegurarse las materias primas y para comercializar los productos terminados. En este sentido vale la pena subrayar que el nuevo Decreto Ley y su reglamento se pronuncian por un mayor empoderamiento de los directores de empresas y uni-

dades empresariales de base en cuanto a decidir con quién contratar, decisiones que anteriormente solo estaban en manos de las uniones de empresas y autoridades ministeriales, según la cuantía de lo contratado; aunque insiste en que las empresas deben garantizar el funcionamiento de su comité de contratación como órgano técnico asesor encargado de revisar y aprobar cada transacción comercial, determinándose también que todos los contratos sean dictaminados por el asesor jurídico de la entidad contratante; pero como podrá apreciarse no instrumenta ningún procedimiento competitivo para la adjudicación de tales contratos.

El 1ro de noviembre de 2012, se dictó el Decreto- Ley 304, De la Contratación Económica y su reglamento el Decreto 310, De los Tipos de Contratos, de 17 de diciembre de 2012, ambos textos legales se apuntan dentro de la tendencia hacia la unificación del Derecho de Contratos. Resalta en el Decreto Ley la consagración de manera enfática y absoluta del principio de autonomía de la voluntad en la contratación, de lo cual no quedó excluido al ámbito del sector público, de lo que deriva que las empresas estatales pueden libremente elegir a la otra parte contratante, aunque sean entes privados; coherentemente con ello, el Decreto Ley no establece la posibilidad de adjudicación de los contratos mediante licitación. Otra consecuencia de la consagración del principio de autonomía de la voluntad es la derogación de todos los decretos que establecían condiciones generales y particulares para determinados contratos, de lo que deriva que las administraciones pueden ahora negociar y determinar libremente las cláusulas de los contratos.

Al parecer la lógica que ha seguido el legislador al asumir esta posición derogatoria, es la de que las disposiciones jurídicas anteriores conducían a un régimen demasiado regulado de tales contratos, que ese exceso es causa de rigidez, un límite innecesario, un obstáculo para la iniciativa contractual y un freno para el desarrollo productivo y las relaciones comerciales, que ha generado estancamiento productivo y el estado de falta de responsabilidad ante los compromisos derivados de los contratos, y que como corolario, la mejor solución sería precisamente, desregular y propiciar la libre contratación; pero en realidad es muy difícil asegurar que esta normativa aludida produzca el efecto que se espera y por otra parte, es evidente que al tratarse de negocios jurídicos que pueden pactarse entre el sector público y el privado, parece que va en retroceso en la búsqueda de eficiencia en el uso de fondos públicos y en la prevención de la corrupción.

El Decreto Ley 313, Sobre la Zona Especial de Desarrollo Mariel, y el Decreto 318 que lo reglamenta, de 19 de septiembre de 2013, prevén un régimen discrecional de autorizaciones administrativas para el establecimiento de los concesionarios y usuarios en dicha zona, y por su parte la Ley 118, De la Inversión Extranjera, de 29 de marzo de 2014 y el Decreto 325, de 9 de abril de 2014, que la reglamenta,

también establece un régimen similar en manos del Consejo de Estado, del Consejo de Ministros y de los Jefes de los organismos de la administración central del Estado para aprobar las propuestas de inversión extranjera; sin embargo, resulta significativo que en estos textos legales tampoco se establece que deban efectuarse licitaciones, sino que por el contrario insiste en el acto de adjudicación directa de estos contratos, aunque se sabe que estas relaciones se van a establecer muchas veces, entre empresas estatales y empresas privadas.

Luego el Consejo de Ministros, aprobó el Decreto 327, de 11 de octubre de 2014, Reglamento del proceso inversionista. En torno a este tema vale la pena tomar en cuenta que en materia de inversiones constructivas el país, es cierto que en las últimas cinco décadas llevó a término múltiples obras de infraestructura y edificaciones con distinto destino productivo y no productivo, pero también sucedió que muchas obras demoraron mucho más de lo debido en su ejecución, otras tantas se ejecutaron sin la debida calidad técnica o estética dilapidándose elevadas cantidades en su ejecución y que ese hecho es uno de los fundamentos para la decisión estatal de abrir el espectro para la participación de entidades no estatales como constructores de obras.

El mencionado Decreto 327, dispone en su artículo 49 que para suscribir los contratos en el proceso inversionista se emplearán como métodos de selección de la contraparte contractual el procedimiento negociado o la licitación; y como no se establece otra regla sobre esta decisión, todo indica que la elección de uno u otro procedimiento queda a la decisión discrecional del inversionista. En relación con el procedimiento negociado expresa que es aquel en que se realiza una convocatoria restringida, en que la autoridad que convoca selecciona discrecionalmente al contratante, sin necesidad de hacer pública la decisión, de lo que se deduce que no cabe la impugnación del inconforme. Se dice que excepcionalmente y por decisión de una instancia superior al sujeto que interviene en la inversión, se puede emplear la adjudicación directa; en consecuencia no queda esclarecido si lo que decide la instancia superior es que no se convoque a licitación, o la adjudicación directa de la obra y un peligro adicional es que previsto como excepción puede convertirse en la regla, regulándose que no cabe impugnación de los inconformes con la decisión adoptada ni en la vía judicial ni administrativa. En cuanto al procedimiento de licitación establecido por este Decreto llama la atención que no incluye ninguna regla para discriminar que la licitación sea abierta o restringida.

En resumen, es apreciable que en general este nuevo Decreto reproduce casi textualmente las mismas regulaciones contenidas en la ya comentada Resolución 570 del MEP, así que caben los mismos señalamientos y deja el asunto más o menos en el mismo punto, resultando obvio que ambos textos quedan por debajo de las

expectativas, en cuanto a poder ser eficaces para lograr la eficiencia en el uso de fondos públicos, la seguridad jurídica en la adjudicación de contratos, la necesaria estimulación de la inversión, la prevención de la corrupción administrativa y otros desafíos, advirtiéndose que no son congruentes con los compromisos que en este sentido hicieron a los Estados en la Convención de la ONU contra la corrupción, adoptada en el 2003, de la cual Cuba participó desde su momento fundacional y de la cual es parte signataria.

## Conclusión

El orden legal vigente en Cuba, a pesar de la recientes reformas, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos en el sector estatal de la economía, ofrece una respuesta que solo resulta parcialmente acorde con viejos y actuales retos a los que se enfrenta el país, en especial, brindar mayores garantías jurídicas y seguridad para la inversión, prevenir y sancionar la corrupción administrativa en este ámbito de la contratación y lograr eficiencia en el empleo de los fondos públicos; tampoco se corresponde con los instrumentos internacionales aprobados por la ONU ni con los más consolidados criterios doctrinales y las tendencias de la legislación de otros países, pudiendo detectarse numerosas omisiones esenciales que afectan su eficacia, en lo que se refiere al cumplimiento de los fines y principios de esta institución, pues ha continuado reservando amplios espacios para el mecanismo de adjudicación directa de los contratos, y porque conserva excesivas potestades discrecionales para los casos en que se celebren licitaciones, a pesar de que sobre todo en el último lustro, se han producido significativos cambios en el escenario económico, en el que se aprecia un crecimiento del sector privado y sus interacciones con el sector estatal, y por tanto, tal ordenamiento ha continuado resultando incompleto, deficiente, carente de sistemática y desactualizado, cuestión que solamente pudiera quedar en forma adecuada resuelta mediante una verdadera ley de licitaciones y sobre los contratos públicos, acompañada de las demás normas de Derecho Administrativo de las que aún carece el país.

## Referencias

- Brasil. Tribunal de Cuentas de la Unión (2006). *Licitaciones & Contratos; orientaciones básicas* (3ra ed.). Brasilia: Tribunal de Cuentas de la Unión.
- Briceño Sierra, H. (1968). *El proceso administrativo en Iberoamérica*. México: UNAM.

- Ceballos González, A., Sánchez García, L., Díaz Padrón, L. & Romero Cruz, Y. (2014, 17 de enero). Experimento en la comercialización agrícola ¿La vida sigue igual? *Granma*, p. 4.
- Coalición por la Transparencia (2004). *Manual de Legislación contra la Corrupción*, Guatemala: Magna Terra Editores.
- Castillo Velazco, J. M. (1994). *Ensayo sobre el Derecho Administrativo mexicano*. México: UNAM.
- Delgado, S., López F. & González, O. (2013, 1ro de marzo). Otra vuelta de tuerca a las importaciones innecesarias. *Granma*, p. 5.
- Fraga, G. (1977). *Derecho Administrativo*. (17ma ed.). México: Porrúa.
- García Gómez de Mercado, F. (1999). Contratos administrativos y privados ante la reforma de la ley de contratos de las administraciones públicas. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, (5), Recuperado de [http://www.comadrid.es/pres\\_serv\\_juridicos/revista\\_juridica/numero5/indice.htm](http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero5/indice.htm)
- García Enríquez, F., Martínez Lorenzo, Y., & Martínez Barreiro, J. (2004). *Compendio de disposiciones sobre nacionalización y confiscación*. La Habana: Ministerio de Justicia.
- González Llaca, E. (2005). *La corrupción. Patología colectiva*. México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- González Pérez, J. (1971). *Administración Pública y Libertad*. México: UNAM.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*, 1(8a ed.). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gutiérrez González, E. (1993). *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al estilo mexicano*. México: Porrúa.
- Hamdan Amad, F. (2001). *Ensayos jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*. Monterrey: Cámara de Senadores.
- López Elías, J. P. (1999). *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*. México: UNAM.
- Lugo Fontes, O. (2010). *Informe Central al X Congreso de la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños*. La Habana: ANAP.
- Martín, M., Domínguez, A. M., Cáceres P., Martínez, M. M., Rodríguez, J. A. & Ronquillo, R. (2012, 16 de diciembre). Se buscan socios. *Juventud Rebelde*, p. 8.
- Mello Coelho, D. (2000). O Instituto da Licitação no Direito Francês, *Revista de Direito Comparado*, 5, 173-188.
- Morales E. (2012), *Para meditar. Una vez más sobre la llamada corrupción de poca monta, Cuba*. Recuperado de <http://moncadalectores.blogspot.com/2012/09/una-vez-mas-sobre-la-llamada-corrupcion.html>

- Nova González, A. (2006). *La agricultura cubana 1959-2005; evolución y trayectoria (1959-2005)*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Nova González, A. (2010). La cadena productiva y comercializadora en el sector agropecuario en Cuba, *Caminos*, (55-56), 32- 42.
- Nova González, A. (2013). *El modelo agrícola y los lineamientos de la política económica y social en Cuba*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Nota Oficial. (2011, 7 de junio). *Granma*, p.2.
- Nota Oficial. (2011, 30 de julio). *Granma*, p.2.
- Nota Oficial. (2014, 5 de mayo). *Granma*, p.3.
- Nota Oficial. (2014, 10 de junio). *Granma*, p.2.
- Nota Oficial. (2014, 30 de junio). *Granma*, p.2.
- ONU. (2003) ¿Cómo nos afecta la corrupción?, México: Centro de Información de las Naciones Unidas, p. 2, Recuperado de <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/intro.htm>
- Pagés, R. & Castaño, R. (2006, 31 de marzo). La solución no es un inspector en cada tarima. *Granma*, pp. 4 y 5.
- Parada Vázquez, R. (1997) *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Pavó Acosta, R. & Taquechel Lafargue, G. (2004). Las licitaciones y el reto de la competitividad de la empresa cubana. *Santiago*, (105), 83-103, Recuperado de <http://ojs.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/viewFile/14504306/846>
- Pavó Acosta, R. & Taquechel Lafargue, G. (2006). Desafíos actuales y perspectivas de cambio en torno al marco jurídico de las licitaciones en Cuba. *Revista del Equipo Federal del Trabajo*, 13 (2), Recuperado de [http://www.eft.org.ar/pdf/ef/2006\\_12pp3-18.pdf](http://www.eft.org.ar/pdf/ef/2006_12pp3-18.pdf)
- Pavó Acosta, R. (2011). *La justicia agraria y sus desafíos*. España: Universidad de Málaga, Recuperado de <http://www.eumed.net/libros/2011c/1003/index.htm>.
- Puig Meneses, V. & Martínez Hernández, L. (2013, 5 de julio). Cooperativas no agropecuarias; una apuesta por la eficiencia. *Granma*, p. 4.
- Rizo Oyanguren, A. (1991) *Manual elemental de Derecho Administrativo*. León: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.
- Ronquillo Bello, R. (2014, 25 de mayo). El síndrome de la barredora de nieve. *Juventud Rebelde*, p. 3.
- Santofimio, J. O. (1994). *El acto administrativo. Procedimientos, eficacia y validez*, (2da ed.). Bogotá: Universidad de Externado.
- TJUE. (2011). *Contratación Pública. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Sevilla: Junta de Andalucía.
- Witker, J. (1995). *Derecho Económico*. México: Harla SA.





Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Medellín, eterna primavera  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.20 x 1.50 m  
Año: 1997

## *Retos de la Convención de Discapacidad en Colombia\**

---

\* Artículo de investigación, producto del proyecto “Revisión de la legislación colombiana para la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Segunda fase”, financiado por el Fondo de Investigación de la Universidad Sergio Arboleda y desarrollado por el Grupo de Investigación de Derechos Humanos (De Las Casas).

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n159a06](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a06)

Fecha de recepción: 09 de abril de 2015

Fecha de aprobación: 24 de mayo de 2015

# Retos de la Convención de Discapacidad en Colombia

*Carlos Parra Dussan*<sup>1</sup>

## Resumen

Teniendo en cuenta que el Estado colombiano ratificó la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (Ley 1346 de 2009) con Sentencia de Constitucionalidad (C-293 de 2010), se hace necesario estudiar los logros y retos de este instrumento internacional, después de 6 años de su entrada en vigencia en el país.

En este sentido, el presente artículo se centra en los retos que tiene el Estado para la implementación de la Convención de Discapacidad de Naciones Unidas, siendo el Instrumento que incorpora al ámbito jurídico el mayor paradigma en la historia de la discapacidad.

**Palabras clave:** discapacidad, retos, Convención de Discapacidad, implementación.

## Challenges of the Convention of Disability in Colombia

### Abstract

Given that the Colombian State ratified the Convention on the Rights of Persons with Disabilities (Law 1346 of 2009), Constitutional Judgment (C-293 of 2010), it is necessary to study the achievements and challenges of this international instrument after six years of its enforcement in the country. In this sense, this paper focuses on the challenges faced by the State to implement the Convention on the Rights of Persons with Disability, being this the legal instrument incorporating in the judicial field the greatest paradigm in the history of disability.

**Keywords:** disability, challenges, disability convention, implementation.

---

1 Doctor en derechos fundamentales, Universidad Carlos III de Madrid, España; especialista en derecho constitucional, Centro de Estudios Constitucionales de Madrid, España; abogado Universidad del Rosario. Actualmente profesor de la Universidad Sergio Arboleda y Comisionado de Naciones Unidas para la discapacidad. E-mail: carlos.parrad@usa.edu.co

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Parra Dussan, C. (2015). Retos de la Convención de Discapacidad en Colombia. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 119-140. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a06

# Retos de la Convención de Discapacidad en Colombia

## Introducción

Este artículo es resultado del proyecto de investigación (Segunda Fase de la Revisión de la legislación colombiana para la implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad), financiado por el Fondo de Investigación de la Universidad Sergio Arboleda y desarrollado por el Grupo de Investigación de Derechos Humanos (De Las Casas).

La pregunta de investigación es ¿Cuáles son los principales retos para la legislación colombiana en materia de discapacidad, con la aprobación e implementación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad como nuevo paradigma de protección?

El presente trabajo se realizó con una metodología de estudio exploratorio- descriptivo, teniendo en cuenta que los estudios en el área jurídica que hacen referencia a la discapacidad son relativamente novedosos en Colombia, por lo que me apoyo en los avances de investigación publicados en mi propia columna de asuntos legales del diario La República.

También tuve en cuenta que el diseño de esta investigación está orientado a la obtención de la información que permita establecer el impacto de la ratificación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en el país.

Igualmente, la investigación presenta un enfoque analítico y comparativo porque se buscó a partir de la normatividad interna colombiana existente en la actualidad, establecer las posibles diferencias y falencias en relación con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con el fin de llegar a conclusiones que permitan determinar los ajustes necesarios de la legislación interna, con base en los nuevos paradigmas de protección que incorpora la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

La hipótesis de la investigación, es la necesidad de ajustar la legislación colombiana en materia de discapacidad, desde la perspectiva de los desarrollos conceptuales nacionales e internacionales reguladores de la acción en política social,

siendo un requerimiento del país para avanzar en la garantía del goce efectivo de los derechos de esta población, elaborar un nuevo diseño institucional de la discapacidad en Colombia.

El artículo plantea los retos de la Convención de Discapacidad de Naciones Unidas, razón por la cual realizo un estudio de este instrumento internacional.

Incluso le doy continuidad al artículo que ya publiqué titulado “Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad: desarrollo normativo en Colombia”, publicado en esta misma revista *Estudios de Derecho*, volumen 69.

## 1. La discapacidad en el Consejo Nacional de Paz

Un primer reto, es lograr que la discapacidad esté representada en el Consejo Nacional de Paz ampliado, que reforme la Ley 434 de 1998, en el entendido que la violencia social y la guerra en Colombia han sido unas de las principales causales de discapacidad.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, nos permite construir un modelo de análisis de política pública desde la perspectiva de la realización efectiva y progresiva de los derechos humanos, que implica analizar el artículo 11 de las personas con discapacidad en situaciones de riesgo por el conflicto armado.

Por esta razón, como Comisionado de Naciones Unidas para la Discapacidad, he acompañado a esta población en la mesa de impulso del nuevo Consejo Nacional de Paz ampliado, con el fin de tener voz en el proceso de paz y poder posicionar el sector de discapacidad en la reconstrucción social que traerá el posconflicto.

Como es sabido, el Plan Nacional de Desarrollo, “*Prosperidad para Todos*”, Ley 1450 de 2011, en su artículo 176 ordenó diseñar la política pública de discapacidad, con el mandato para el Estado, de “*desarrollar las acciones para la prevención, la rehabilitación y la integración de la población afectada por cualquier tipo de discapacidad, a fin de brindar oportunidad de inclusión social*”.

En este sentido, el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, tiene como objetivo dentro del marco de sus competencias y de la ley:

Formular, adoptar, dirigir, coordinar y ejecutar las políticas, planes generales, programas y proyectos para la superación de la pobreza, la inclusión social, la reconciliación, la recuperación de territorios, la atención y reparación a víctimas de la violencia, la atención a grupos vulnerables, población discapacitada y la reintegración social y económica y la atención y reparación a víctimas de la violencia.

Es decir, que entre los grupos que debe atender el nuevo Departamento Administrativo para la Prosperidad Social, está la población con discapacidad.

Por su parte, la Ley 1448 de 2011, amplía el concepto de víctima, pasando de persona con discapacidad a persona que haya sufrido un daño. Así lo podemos observar en el artículo 3, que señala que:

Se consideran víctimas, para los efectos de esta ley, aquellas personas que individual o colectivamente hayan sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1o de enero de 1985, como consecuencia de infracciones al Derecho Internacional Humanitario o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de Derechos Humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno.

Ya más reciente, la Ley 1592 de 2012, entiende por víctima “la persona que individual o colectivamente haya sufrido daños directos tales como lesiones transitorias o permanentes que ocasionen algún tipo de discapacidad física, psíquica y/o sensorial (visual y/o auditiva), sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo de sus derechos fundamentales”.

Por su parte, la Ley 1616 de 2013, garantiza el ejercicio pleno del derecho a la salud mental a la población colombiana, estableciendo una Política Pública Nacional de Salud Mental con enfoque de derechos, con el modelo de discapacidad mental psicosocial, como consecuencia del conflicto.

De otro lado, la Corte Constitucional en la Sentencia C-753 de 2013, determinó que la reparación a las víctimas constituye un derecho fundamental en un contexto de justicia transicional.

La misma Corte Constitucional profirió el Auto 173 de 2014, ordenando implementar un enfoque diferencial en discapacidad transversal a la política pública sobre desplazamiento forzado.

En conclusión, entendemos que existen elementos que permiten unir la Política Pública de Discapacidad al proceso de paz, garantizando a esta población participar en el Consejo Nacional de Paz ampliado de la Ley 434 de 1998.

## **2. Incluir la discapacidad en el nuevo Plan Nacional de Desarrollo**

Se debe incluir la discapacidad en el nuevo Plan Nacional de Desarrollo, al igual que en el actual “*Prosperidad para Todos*”, pues el desarrollo de políticas benefician el ejercicio de derechos de la población con discapacidad, plasmándose

en el Plan Nacional de Desarrollo, en los planes departamentales y desde luego, en los municipales.

Estos planes de desarrollo organizan la oferta institucional del Gobierno en función de dar respuestas oportunas a las necesidades de la población con discapacidad, sus familias y sus cuidadores.

El propósito es que todos estos esfuerzos institucionales sean suficientes para que las diferentes instancias del Gobierno Nacional responsables de la formulación de políticas sectoriales y la formación de la política pública en discapacidad, articulen sus planes, programas y proyectos en función de una respuesta holística a la multicausalidad y complejidad de esta problemática, la cual afecta directamente a la persona con discapacidad, sus familias y cuidadores.

### **3. Ajustar el diseño institucional de la discapacidad a la Convención**

Otro reto es modificar la estructura institucional de la discapacidad en Colombia, ajustándose a los nuevos modelos conceptuales que plantea la Convención.

Encontramos que el Alto Comisionado de Naciones Unidas en su Documento A.HRC. 13/29 2009, plantea en los siguientes tres párrafos la importancia de organizar el diseño institucional de la discapacidad, pasando de un enfoque médico a uno de derechos, afirma que la Convención exige un seguimiento al más alto nivel gubernamental y concluye que debería garantizársele la participación a las organizaciones de la sociedad civil de personas con discapacidad.

El nombramiento de un coordinador gubernamental general para la Convención responde al mismo tiempo a la necesidad de garantizar la existencia de una función de supervisión y promoción generales. En esa esfera cabe tener en cuenta las consideraciones que figuran a continuación.

En primer lugar, el cambio de paradigma que promueve la Convención sobre la forma de entender la discapacidad, que pasa de enfocarse desde el punto de vista médico y social a considerarse desde la perspectiva de los derechos humanos, debe reflejarse en la elección del centro de enlace. Por ello debe evitarse designar como organismos gubernamentales de coordinación a los ministerios de salud o a los departamentos de educación especial de los ministerios de educación, como ocurre actualmente en algunos sistemas.

Del mismo modo, debería revisarse la práctica de designar como centros de coordinación a los ministerios de bienestar y trabajo, que es la que se sigue en la mayoría de los Estados partes, y se debe optar preferentemente por los ministerios

encargados de la justicia y los derechos humanos. Australia, por ejemplo, designó al Ministerio de Justicia como centro conjunto de enlace para la aplicación de la Convención (Alto Comisionado de Naciones Unidas en su Documento A.HRC. 13/29 2009).

En segundo lugar, la aplicación de la Convención exige un seguimiento al más alto nivel gubernamental. Así pues, sería ideal que el centro de enlace de la Convención se estableciera en el propio Gobierno, por ejemplo en la Oficina del Presidente o del Primer Ministro, o en el Consejo de Ministros. Algunos Estados partes ya han aplicado este enfoque, de acuerdo con su sistema de Gobierno. En Sudáfrica, por ejemplo, la Oficina de la Presidencia sobre la Condición Jurídica de las Personas con Discapacidad es una de las Direcciones de la Presidencia, junto con la Oficina sobre la Condición de la Mujer y la Oficina de los Derechos del Niño. (Alto Comisionado de Naciones Unidas en su Documento A.HRC. 13/29 2009).

Por ejemplo, Australia cuenta con una Secretaría Parlamentaria para las personas con discapacidad, que depende del Primer Ministro (Primer Ministro de Australia, 2009). El hecho de que haya ministros encargados de las cuestiones relacionadas con la discapacidad que no formen parte del Consejo de Ministros podría restar solidez a la estructura de los centros de enlace.

En tercer lugar, el mandato de los centros de enlace debería centrarse en la elaboración y coordinación de una política nacional coherente sobre la Convención. Así, el centro de enlace debería apoyar, orientar, informar y asesorar al Gobierno en cuestiones relacionadas con la aplicación de la Convención, pero no necesariamente aplicarla mediante la prestación de servicios de asistencia a las personas con discapacidad. El mandato de los centros de enlace también podría incluir la coordinación de las medidas gubernamentales relacionadas con la Convención en las esferas de la presentación de informes, el seguimiento, la sensibilización y el enlace con el marco de supervisión, que constará de uno o más mecanismos independientes, como se dispone en el párrafo 2 del artículo 33 de la Convención. Además, el centro de enlace debería ser una vía de comunicación sobre la aplicación de la Convención entre la sociedad civil y las organizaciones de personas con discapacidad y el Gobierno.

#### **4. Aprobar el Protocolo Facultativo de la Convención**

El Estado colombiano estudia la aprobación del Protocolo Facultativo de la Convención, que prevé la supervisión y la aplicación tanto en el plano internacional como nacional.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prevé la supervisión de la aplicación de la Convención tanto en el plano internacional como nacional. En el plano internacional, la supervisión se adelanta a través de tres procedimientos, presentación de informes, procedimiento de comunicaciones individuales y de un procedimiento de investigación, los dos últimos sujetos a la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención.

Los informes son examinados por el Comité internacional de expertos independientes, que se encarga de considerar los informes de los Estados partes en la Convención y de hacer las sugerencias y recomendaciones que estime oportunas, con el fin de reforzar la aplicación de la Convención.

En el plano nacional, el artículo 33 de la Convención, exige a los Estados partes que designen a uno o más organismos encargados de las cuestiones relativas a la aplicación y la supervisión de la Convención.

De esta manera, en el párrafo 1º del artículo 33 se hace hincapié en la aplicación a nivel nacional, siendo responsabilidad de los gobiernos, para lo cual, los Estados partes designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención y considerarán la posibilidad de establecer un mecanismo de coordinación.

Es decir, que en la estructura institucional de los Estados partes, se debe designar uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención.

Esos centros de enlace representarían al ministerio respectivo en el mecanismo de coordinación nacional también previsto en el párrafo 1º del artículo 33 y su mandato incluiría la promoción del conocimiento de la Convención en el ministerio, la participación en la elaboración de un plan de acción sobre la Convención y el seguimiento de su aplicación dentro de su ámbito de competencia y la presentación de informes al respecto.

Por su parte el párrafo 2º del artículo 33, dispone que los Estados partes mantendrán o establecerán un marco para promover, proteger y supervisar la aplicación de la Convención. Debería ser una entidad independiente, dentro de las instituciones nacionales de promoción y protección de los derechos humanos, que garantice la aplicación de los Principios de París.

Los Principios de París incluyen cuatro características principales: competencias y atribuciones, composición y garantías de independencia y pluralismo; modalidades de funcionamiento y competencia cuasi jurisdiccional.

Por último, el párrafo 3° del artículo 33, estipula que la sociedad civil, y en particular las personas con discapacidad y las organizaciones que las representan, estarán integradas y participarán plenamente en todos los niveles del proceso de seguimiento, de conformidad con el principio de participación de las personas con discapacidad que inspira el Tratado.

Sin embargo, el protocolo facultativo permitirá las reclamaciones individuales, contra los estados partes, cuando consideren que se han vulnerado sus derechos, habiendo agotado todas las instancias judiciales internas.

De esta manera lo consagra el artículo 1° del Protocolo Facultativo, dice:

1°. Todo Estado Parte en el presente Protocolo (“Estado Parte”) reconoce la competencia del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (“el Comité”) para recibir y examinar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas sometidas a su jurisdicción que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención, o en nombre de esas personas o grupos de personas.

Por su parte el artículo 6° en su numeral 2 señala que “En seis meses, el Estado Parte presentará al Comité explicaciones o declaraciones por escrito que aclaren el asunto y sugerirá medidas correctivas para adoptar el Estado Parte, de haberlas”.

El artículo 6° contempla la posibilidad de realizar una visita al estado que se esté investigando, si así se requiere, de acuerdo al nivel de la reclamación.

Por último, el artículo 7° señala que “el Comité podrá, si es necesario, invitar al Estado Parte interesado que informe sobre cualquier medida adoptada como resultado de la investigación”.

Es decir que nunca el Comité podrá imponer sanciones al Estado parte, tan solo puede exigir informes específicos sobre la queja o reclamación individual.

## **5. Enmendar la omisión legislativa de discriminación por discapacidad**

Se debe enmendar la omisión legislativa del Congreso, que dejó por fuera la discriminación por razón de discapacidad, Ley 1482 de 2011, aspecto que se señala en el literal B del informe específico del Estado colombiano al Comité de Seguimiento de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, puntos 10 al 14, “Acciones contra la Discriminación por motivos de discapacidad”.

Si la misma Corte aceptó en la Sentencia T-207 de 1999, que a la población con discapacidad se le discrimina y excluye, no entendemos cómo en la Ley 1482 de 2011, se omite incluirlos, si por la segregación histórica y estructural de nuestra sociedad aún persiste su exclusión.

Lo extraño en este caso, es que el objeto de la Ley 1482 es amplio y parecería que es genérico, dirigido a proteger a todas las personas que sean discriminadas, incluidas las personas con discapacidad, pero luego el artículo 3, hace un listado que paradójicamente las excluye o discrimina.

En efecto el artículo 3º de la Ley 1482 de 2011, hace un listado de grupos que son víctimas de la discriminación, dejando por fuera la población con discapacidad que tiene una protección de rango constitucional en los artículos 13, 47, 54 y 68.

En suma, actualmente no constituye delito discriminar por razón de discapacidad, como consecuencia de haber dejado por fuera de la ley antidiscriminación a las personas con discapacidad, constituyendo en sí mismo una discriminación por omisión contra estas personas, perpetuando la realidad de exclusión social de la población con discapacidad.

La Corte Constitucional encontró en la Sentencia C-671 de 2014, que no existe omisión legislativa relativa frente al contenido de la Ley 1482 de 2011, por el hecho de no contemplar como víctimas de la discriminación penalizada a las personas con discapacidad.

Es extraño, pues la Corte señala que no se presenta en este caso la referida omisión legislativa, cuando es claro y expreso el deber constitucional específico del artículo 13, que obliga a proteger y sancionar la discriminación contra la población con discapacidad.

También consideró la Corte, que:

Existe una importante diferencia entre las acciones sancionadas por la Ley 1482 de 2011 y aquellas de que son víctimas las personas con discapacidad, pues mientras que las primeras tienen en común el hecho de tratarse de acciones individuales, y generalmente dolosas, que por tal razón pueden ser objeto de una sanción penal, la discriminación de que son objeto las personas en situación de discapacidad es más de tipo institucional y predominantemente invisible, motivo por el cual resulta difícil que ellas conduzcan a la imposición de ese tipo de sanciones a personas específicas.

Por último, considera la Corte que la Ley antidiscriminación, sanciona delitos de odio, esto es de profunda intolerancia y hostilidad, escenario diferente al de las personas con discapacidad, cuya discriminación es consecuencia de una omisión derivada de una falta de conciencia colectiva.

El fallo de la Corte, no está en concordancia con la definición de la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, Ley 762 de 2002, donde la definición es objetiva sin sentimientos de odio y significa:

Toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales.

Tampoco compagina con la definición objetiva de discriminación de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, Ley 1346 de 2009, que define discriminación por motivos de discapacidad en el artículo 2, como:

Cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Como se observa, los instrumentos internacionales ratificados por Colombia, no restringen la definición de discriminación por razón de discapacidad a sentimientos de odio, por el contrario, la definición es objetiva a restringir el ejercicio efectivo de sus derechos.

Afortunadamente para nuestro criterio jurídico, el Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio salvó el voto al considerar que la penalización que efectuó el legislador de los actos de racismo o discriminación, así como el de hostigamiento, debió ampliarse a las conductas graves presentadas contra las personas con discapacidad, para salvaguardar su dignidad e igualdad.

Es decir, que el legislador al penalizar los actos de discriminación y de hostigamiento, estaba obligado a incluir otras categorías sospechosas como las presentadas respecto de las personas con discapacidad, tal como lo señala el artículo 13 constitucional.

Ya la jurisprudencia constitucional había proferido sentencias integradoras en materia penal, a efectos de hacer efectivos y no desproteger intereses superiores para la humanidad, como la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad (C-878 de 2000, C-317 de 2002, C-029 de 2009 y C-100 de 2011).

En conclusión, si el legislador en el marco de su autonomía decidió penalizar comportamientos discriminatorios, vulneró el derecho a la igualdad al no garantizar la especial protección constitucional de las personas con discapacidad.

## **6. Crear un ente que supervise la implementación de la Convención**

El ente que supervise la aplicación de la Convención, es una instancia consagrada en el artículo 33 de dicho instrumento.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo fueron aprobados por la Asamblea General con la Resolución 61/106, el 13 de diciembre de 2006, quedando abiertos a la firma el 30 de marzo de 2007 y entraron en vigor el 3 de mayo de 2008 tras el depósito del vigésimo instrumento de ratificación.

El Estado colombiano ratificó esta Convención, con la Ley 1346 de 2009, con Sentencia de Constitucionalidad C-293 de 2010.

La Resolución 10/7 del Consejo de Derechos Humanos titulada “Derechos humanos de las personas con discapacidad: marcos nacionales para la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad”, hace un estudio sobre la estructura y la función de los mecanismos nacionales de aplicación y vigilancia del cumplimiento de la Convención.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad prevé la supervisión de la aplicación de la Convención tanto en el plano internacional como nacional. En el plano internacional, la supervisión se adelanta a través de tres procedimientos, presentación de informes, procedimiento de comunicaciones individuales y de un procedimiento de investigación, los dos últimos sujetos a la ratificación del Protocolo Facultativo de la Convención.

Los informes son examinados por el Comité internacional de expertos independientes, que se encarga de considerar los informes de los Estados partes en la Convención y de hacer las sugerencias y recomendaciones que estime oportunas, con el fin de reforzar la aplicación de la Convención.

En el plano nacional, el artículo 33 de la Convención exige a los Estados partes que designen a uno o más organismos encargados de las cuestiones relativas a la aplicación y la supervisión de la Convención.

De esta manera, en el párrafo 1º del artículo 33 se hace hincapié en la aplicación a nivel nacional, siendo responsabilidad de los gobiernos, para lo cual, los Estados

partes designarán uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención y considerarán la posibilidad de establecer un mecanismo de coordinación.

Es decir, que en la estructura institucional de los Estados partes, se debe designar uno o más organismos gubernamentales encargados de las cuestiones relativas a la aplicación de la Convención.

Esos centros de enlace representarían al ministerio respectivo en el mecanismo de coordinación nacional también previsto en el párrafo 1° del artículo 33 y su mandato incluiría la promoción del conocimiento de la Convención en el ministerio, la participación en la elaboración de un plan de acción sobre la Convención y el seguimiento de su aplicación dentro de su ámbito de competencia y la presentación de informes al respecto.

La supervisión de la aplicación de la Convención puede abordarse desde múltiples perspectivas, se puede basar en la evaluación del progreso, el estancamiento o el retroceso en el disfrute de los derechos durante un determinado período de tiempo.

También es posible establecer indicadores, siendo eficaz para supervisar la realización progresiva de los derechos económicos, sociales y culturales contemplados en la Convención.

Otro enfoque es el de la vigilancia de las violaciones de los derechos humanos, metodología que se refleja en la recopilación o el mantenimiento de registros de las denuncias presentadas por las presuntas víctimas ante los mecanismos de denuncia judiciales o cuasi judiciales pertinentes.

En conclusión, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad es la primera Convención de Derechos Humanos que contempla el papel explícito que desempeñan las instituciones nacionales en la promoción, protección y supervisión de la aplicación de un tratado a nivel nacional.

## **7. Ratificar el Tratado de Marrakech**

Se debe ratificar el Tratado de Marrakech, para permitir el intercambio internacional de libros accesibles para personas con discapacidad.

El Tratado de Marrakech busca establecer en las leyes nacionales de derechos de autor, excepciones para personas con discapacidad visual y otras dificultades para acceder al texto impreso, así como permitir y fomentar el intercambio de obras accesibles entre los distintos Estados.

De acuerdo al censo de población realizado por el DANE en el año 2005, se reporta que en Colombia existen 1'134.085 personas con discapacidad visual, a las cuales no se les garantiza el goce efectivo de sus derechos como la educación, el trabajo, y la participación.

En este sentido, encontramos que las personas con discapacidad visual y otras con dificultades para acceder al texto impreso, encuentran restricciones en el acceso a la lectura y la información, debido a que solo un número reducido de obras publicadas son producidas en formatos accesibles, tales como: braille, audio, macrotipo, digital, electrónico y otros, con graves repercusiones en su formación académica y en su cultura general.

Según la Declaración de Guatemala por el Tratado de Marrakech, se estima que en América Latina solo el 2% de libros son accesibles a la población con discapacidad visual, fenómeno que incide en su desarrollo inclusivo.

En Colombia ya la Ley 1680 de 2013, consagra la excepción a los derechos patrimoniales de autor, producidas en cualquier formato para personas con discapacidad visual, sin autorización de sus autores ni pago de los derechos de autor, siempre y cuando la reproducción, sea hecha sin fines de lucro y cumpliendo la obligación de mencionar el nombre del autor y el título de las obras así utilizadas.

En este mismo sentido, la Ley 1712 de 2014, elevó el acceso a la información a derecho fundamental, derecho que garantiza el acceso a la información de las personas con discapacidad, pudiéndose interponer acción de tutela por su incumplimiento.

Es decir, que ya existe un marco jurídico que le da viabilidad al tratado de Marrakech, que representa para la población con discapacidad visual, un esperanzador cambio en la equiparación de todos los derechos de esta población, al poder acceder al conocimiento.

Este histórico Tratado permitirá la producción y circulación de obras accesibles, generando un cambio fundamental en el acceso a la información y a la lectura de las personas con discapacidad visual de todo el mundo.

El Tratado de Marrakech significa la posibilidad entonces, de acceder a la lectura, de contar con material en formato accesible que representa cada día mayor importancia para la población con discapacidad visual, no solo por el conocimiento que se adquiere, sino por las implicaciones sociales para establecer y mantener una interacción con el mundo.

## 8. Aprobar una ley laboral de cuotas

Considero que se requiere aprobar una ley laboral de cuotas para la población con discapacidad, desarrollando la Ley Estatutaria de Discapacidad 1618 de 2013, que ya incorpora la obligación de fijar un porcentaje para esta población en los cargos públicos, porcentaje que aún no se ha determinado por el Gobierno.

La pobreza y la exclusión social se relacionan estrechamente con la discapacidad, pues de acuerdo al registro para la localización y caracterización de las personas con discapacidad, según el DANE y el Ministerio de la Protección Social (2012), el 79% de las personas con discapacidad registradas, son de estratos 1 y 2, tan solo el 15% tienen trabajo y de ellas el 84% reciben menos de un salario mínimo mensual.

En este sentido, se recuerda que el actual Gobierno aprobó el Plan Nacional de Desarrollo, “*Prosperidad para Todos*”, Ley 1450 de 2011, que en su artículo 176 ordenó diseñar la política pública de discapacidad, con el mandato para el Estado, de “desarrollar las acciones para la prevención, la rehabilitación y la integración de la población afectada por cualquier tipo de discapacidad, a fin de brindar oportunidad de inclusión social”.

Esta nueva política, considera que el primer paso para la inclusión efectiva de la población con discapacidad, es reconocerles su titularidad de derechos, que obligan al Estado a garantizar su ejercicio, cambiando la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a exigir prestaciones y conductas en un marco de deberes y de corresponsabilidad.

En este sentido, la Ley 361 de 1997, creó mecanismos para integrar a las personas con discapacidad, entre ellas una serie de estímulos tributarios y ventajas competitivas para quienes vinculen mediante contrato de trabajo; al respecto, el artículo 31 de esta norma señala que el empleador que contrate personal con discapacidad y que esté obligado a presentar declaración de renta y complementarios, tiene derecho a deducir de la renta el 200% del valor de los salarios y prestaciones sociales pagados durante el año o período gravable a los trabajadores con discapacidad, mientras esta vinculación laboral subsista.

De otro lado, el parágrafo del artículo 31 establece que el empleador que esté obligado a cumplir una cuota de aprendices, reducirá en un 50% la cantidad de aprendices que debe vincular, si los contratados por él son personas con discapacidad comprobada no inferior al 25%.

Asimismo, la persona o empresa que contrate personal con discapacidad será preferido en igualdad de condiciones en procesos de contratación estatal por licitación pública, si la nómina cuenta con mínimo el 10 % de empleados con discapacidad.

Respecto a la prelación en el otorgamiento de créditos, subvenciones de organismos estatales, se tiene derecho, siempre y cuando estos se orienten al desarrollo de planes y programas que impliquen la participación activa y permanente de personas con discapacidad.

Según la misma Ley 361 de 1997, las entidades estatales de todo orden, preferirán en igualdad de condiciones, los productos, bienes y servicios que les sean ofrecidos por entidades sin ánimo de lucro constituidas por las personas con discapacidad.

Sin embargo, estos estímulos no han cambiado la realidad laboral de las personas con discapacidad, antes por el contrario, la brecha de inequidad y pobreza de esta población se agranda, razón por la cual se debe aprobar una ley laboral de cuotas, que solucione la inclusión y pobreza de este grupo vulnerable.

Por su parte, la Ley 1618 de 2013, consagra la obligación de establecer un porcentaje de cargos públicos asignados para personas con discapacidad, porcentaje que el actual Gobierno está reglamentando, así como el sistema de preferencias a favor de los empleadores particulares que vinculen laboralmente personas con discapacidad.

En conclusión, esperamos que con estas acciones afirmativas, se pueda avanzar significativamente en el ejercicio efectivo del derecho al trabajo de las personas con discapacidad, cumpliendo con el propósito del Plan Nacional de Desarrollo de alcanzar la prosperidad para todos, incluida esta población.

## **9. Reemplazar los enfoques de caridad**

Un reto importante señalado en el punto 58 del informe, que desarrolla el artículo 8 sobre toma de conciencia, en el que el Estado colombiano reconoce que “los enfoques de caridad, asistencialismo y lástima, deben ser reemplazados por una conciencia sobre los derechos y el enfoque del denominado modelo social de discapacidad, incorporado por la Convención”, sin embargo, en el país se continúan realizando jornadas televisivas de colectas en nombre de toda la población con discapacidad.

El Gobierno Nacional ha diseñado una política pública de discapacidad, que no se armoniza con jornadas de colectas públicas de dinero, que perpetúan el imaginario de caridad de la discapacidad.

En este sentido, la Constitución Política señala en su Artículo 47, que “El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos, a quienes se prestará la atención especializada que requieran”.

Este artículo plantea un trato especial para una población específica que se encuentra en condiciones de debilidad manifiesta, como una obligación constitucional que se impone al Estado y que debe traducirse en un compromiso presupuestario para su atención, así como en una política permanente.

En este sentido, la obligación del Estado de implementar una política de rehabilitación e integración social, es el fin último del Estado con la población con discapacidad, sin embargo, no creemos que la manera correcta de hacer inclusión social, sea con la mendicidad, perjudicando el imaginario social de la discapacidad.

De acuerdo con la concepción de nuestro Estado Social de Derecho, es el Gobierno el que debe desarrollar la política pública de discapacidad, por esto la Ley 1145 de 2007 creó el Sistema Nacional de Discapacidad, con enfoque de derechos, como se puede observar en el objeto de la Ley.

Por esta razón, el actual Gobierno consagró en el artículo 176 del Plan Nacional de Desarrollo, “*Prosperidad para Todos*”, Ley 1450 de 2011, el mandato de diseñar la política pública de discapacidad, para garantizar su inclusión social.

En desarrollo de este mandato, el Gobierno aprobó el Documento Conpes 166 de 2013 del Consejo Nacional de Política Económica y Social, que rediseña la política actual de discapacidad, trascendiendo las políticas de asistencia o protección, hacia políticas de desarrollo humano con un enfoque de derechos.

El objetivo central del citado Conpes, es “Garantizar el goce pleno, y en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, a través del fortalecimiento de la implementación de la Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social”.

Las cinco estrategias de esta política según el Conpes, son: estrategia para la transformación de lo público, garantía jurídica, participación en la vida política y pública, estrategia para el desarrollo de la capacidad y la estrategia para el reconocimiento de la diversidad.

Igualmente, el Gobierno elaboró e impulsó la aprobación de la Ley Estatutaria de Discapacidad 1618 de 2013, que tiene como objetivo, el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, esto es que no solo se consagra la garantía retórica de los derechos como en anteriores normas, sino que se avanza en el concepto de ejercer o disfrutar en la práctica del derecho por lo que se acude

a las medidas de inclusión, acciones afirmativas, ajustes razonables y a la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad, para el logro efectivo de esas consagraciones jurídicas.

Toda esta nueva política, considera que el primer paso para la inclusión efectiva de la población con discapacidad, es reconocerles su titularidad de derechos, que obligan al Estado a garantizar su ejercicio, cambiando la lógica de los procesos de elaboración de políticas, para que el punto de partida no sea la existencia de personas con necesidades que deben ser asistidas, sino sujetos con derecho a exigir prestaciones y conductas en un marco de deberes y de corresponsabilidad.

No es propio de las políticas públicas, continuar con las prácticas sociales que a lo largo de nuestra vida nos han rodeado, la rifa para la silla de ruedas, el bazar para pagar la operación, la natillera para las muletas y el bingo para los niños con discapacidad.

En conclusión, confiamos en las políticas públicas de discapacidad con enfoque de derechos, con la concepción de las personas con discapacidad como sujetos de derechos, para que verdaderamente se apliquen las políticas para el sector, no con jornadas que perpetúan el imaginario social de caridad de la discapacidad.

## **10. Garantizar la participación en la vida política**

Por último, se debe garantizar la participación efectiva en la vida política, tal como lo señala el artículo 29 de la Convención, que en el literal (a) indica que se debe asegurar que las personas con discapacidad puedan participar plena y efectivamente en la vida política y pública en igualdad de condiciones con las demás.

Sabemos que la política es dinámica, que se expresa a través del pluralismo político de los movimientos, la participación creciente de las mujeres, de la diversidad sexual, los jóvenes, ambientalistas, negritudes, indígenas, personas con discapacidad y todas las demás manifestaciones sociales y políticas, que les ha garantizado su derecho de participación, con el Acto Legislativo 1° de 2003, Acto Legislativo 1° de 2009 y la Ley 1475 de 2011 y su Sentencia de Constitucionalidad C-490 del mismo año.

En este contexto de diversidad y pluralismo político y social, encontramos como una de sus manifestaciones a Elsa Margarita Noguera de la Espriella, persona con discapacidad, mujer costeña, excondidata a la Vicepresidencia de la República, como primera alcaldesa de Barranquilla elegida popularmente con una votación de 214.579 mil votos.

La diversidad hoy más que nunca, es un elemento configurante de la sociedad colombiana, la cual ha dejado de ser una sociedad con una identidad única, para tener múltiples formas de participación política y cultural.

La fuerza del debate político contemporáneo colombiano, radica en la noción de inclusión como un acto deliberado de los individuos, los grupos o el Estado y pone en consideración no solo el análisis de la exclusión, sino las condiciones y posibilidades de participación social y política como derechos de los ciudadanos.

De tal suerte, que la inclusión política se está constituyendo en un antídoto contra la pobreza y la desigualdad, contra la intolerancia y la discriminación de la sociedad, contra los desajustes asociados a la globalización y está siendo incorporada a la política colombiana.

Se trata de visibilizar los grupos marginados, luchar contra la discriminación, empoderar los grupos socialmente excluidos y generar políticas sociales y económicas inclusivas, que garanticen el fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana.

La inclusión aparece entonces, como un proceso que garantiza que las personas en situación de exclusión social lleguen a tener las oportunidades y fuerza organizativa necesaria para participar plenamente y en igualdad de derechos en la vida económica, social y cultural, respetando su diversidad política.

En conclusión, con el pluralismo político de las pasadas elecciones se da desarrollo al Estado Social de Derecho, con el cual pretendemos identificarnos en medio de la diferencia, a través de los principios constitucionales fundamentales del pluralismo artículo 1º, el principio de la diversidad étnica artículo 7º y el multiculturalismo del artículo 70 de la Constitución Política colombiana.

## Conclusiones

De manera explícita y sin antecedentes, la discapacidad figura en más de un artículo del Plan Nacional de Desarrollo 2011 - 2014 "*Prosperidad para Todos*", Ley 1450 de 2011, del actual Gobierno.

De esta forma, el Plan Nacional de Desarrollo, Ley 1450 de 2011, desarrolló la Convención de Discapacidad, al fijar en su artículo 176 la obligación de diseñar e implementar una política pública de discapacidad que tiene como propósito la inclusión de esta población.

El Sistema Nacional de Discapacidad Ley 1145 de 2007, agrupa todas las entidades del Estado que tienen programas o proyectos de discapacidad, para armonizar o coordinar sus actividades.

Uno de los logros más importantes de la Convención, es la Ley Estatutaria de Discapacidad 1618 de 2013, que plantea como objeto el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad, esto es, que no solo se consagra la garantía retórica de los derechos como en anteriores normas, sino que se avanza en el concepto de ejercer o disfrutar en la práctica del derecho por lo que se acude a las medidas de inclusión, acciones afirmativas, ajustes razonables y a la eliminación de la discriminación por razón de discapacidad, para el logro efectivo de esas consagraciones jurídicas.

Respecto a los retos, se debe lograr que la discapacidad esté representada en el Consejo Nacional de Paz ampliado, que reforme la Ley 434 de 1998, en el entendido que la violencia social y la guerra en Colombia han sido unas de las principales causales de discapacidad.

De otro lado, el Estado colombiano estudia la aprobación el Protocolo Facultativo de la Convención, que prevé la supervisión y la aplicación tanto en el plano internacional como nacional.

También se debe enmendar la omisión legislativa del Congreso, que dejó por fuera la discriminación por razón de discapacidad, Ley 1482 de 2011.

Por último, se debe ratificar el Tratado de Marrakech, que busca establecer en las leyes nacionales de derechos de autor, excepciones para personas con discapacidad visual y otras dificultades para acceder al texto impreso, así como permitir y fomentar el intercambio de obras accesibles entre los distintos Estados.

## **Referencias**

- Alto Comisionado de Naciones Unidas. (2009). Documento A.HRC. 13/29 2009
- Asamblea General de Naciones Unidas, Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, Resolución 61/106.
- Colombia. Congreso de la República. (2003). Acto Legislativo 1°. Por el cual se adopta una Reforma Política Constitucional y se dictan otras disposiciones
- Colombia. Congreso de la República. (2009). Acto Legislativo 1°. Por el cual se modifican y adicionan unos artículos de la Constitución Política de Colombia.

- Colombia. Congreso de la República. Ley 361. (1997). Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No. 42.978.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 434. (3 de febrero de 1998). Por la cual se crea el Consejo Nacional de Paz, se otorgan funciones y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No. 43.231 (1998, 5 de febrero).
- Colombia. Congreso de la República. Ley 762. (2002). Por medio de la cual se aprueba la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad, suscrita en la ciudad de Guatemala, Guatemala, el siete (7) de junio de mil novecientos noventa y nueve (1999), Diario oficial No. 44.889.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1346. (2009). Por medio de la cual se aprueba la Convención sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, adoptada por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006. Diario oficial No. 47427.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1475. (2011). Por la cual se adoptan reglas de organización y funcionamiento de los partidos y movimientos políticos, de los procesos electorales y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No. 48.130.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1450. (2011). Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014. Diario oficial No. 48.102.
- Colombia. Congreso de la República (2011). Ley 1448. Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones, Diario oficial No. 48.096.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1482. (2011). Por medio de la cual se modifica el Código Penal y se establecen otras disposiciones. Diario oficial No. 48270.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1592. (2012). Por medio de la cual se introducen modificaciones a la ley 975 de 2005 “por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios” y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No. 8.633.
- Colombia. Congreso de la República (2013). Ley 1616. Por medio de la cual se expide la ley de Salud Mental y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No.48.680.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1680. (2013). Por la cual se garantiza a las personas ciegas y con baja visión, el acceso a la información, a las comunicaciones, al conocimiento y a las tecnologías de la información y de las comunicaciones. Diario oficial No. 48.980.

- Colombia. Congreso de la República. Ley 1618. (2013). Por medio de la cual se establecen las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad. Diario oficial No. 48.717.
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1712. (2014). Por medio de la cual se crea la Ley de Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública Nacional y se dictan otras disposiciones. Diario oficial No. 49.084.
- Consejo de Derechos Humanos. Resolución 10/7. (2009, 26 de marzo). Derechos humanos de las personas con discapacidad: marcos nacionales para la promoción y la protección de los derechos humanos de las personas con discapacidad. Recuperado de [http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A\\_HRC\\_RES\\_10\\_7.pdf](http://ap.ohchr.org/documents/S/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_7.pdf)
- Constitución Política de Colombia de 1991
- Corte Constitucional (2014), Auto 173, seguimiento a las órdenes proferidas por la Corte Constitucional en el auto 006 de 2009 sobre protección de las personas en situación de desplazamiento con discapacidad, en el marco del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025 de 2004, Colombia.
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-207 (1999)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-878 (2000)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-317 (2002)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-401 (2003)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-025 (2004)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-029 (2009)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-293 (2010)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-490 (2011)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia T-553 (2011)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-765 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-753 (2013)
- Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-671 (2014)
- Colombia. Gobierno Nacional. (2013, 9 de diciembre). Política Pública Nacional de Discapacidad e Inclusión Social, Documento Conpes Social 166
- Parra Dussan, C. (2011). Borrador del proyecto de ley 167 Senado y 092 Cámara.



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Felinos en el laberinto  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.20 x 1.50 m  
Año: 1990

## *Análisis de la pertinencia de la investigación en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia\**

\* Artículo de investigación, producto del proyecto “Pertinencia e impacto social de la investigación jurídica: el caso del programa de Derecho de la Universidad de Antioquia”, inscrita en el Sistema Universitario de Investigación SUI, según acta 589 del 9 de noviembre de 2010 del Comité para el Desarrollo de la Investigación –CODI–, cofinanciada por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Participación en el proyecto como Joven Investigadora. Es investigadora principal la profesora Nora Alba Cossio Acevedo. La investigación está integrada en la línea Investigación y Derecho del grupo Derecho y Sociedad, categoría B, Colciencias, convocatoria 693 de 2014, adscrito al Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad de Antioquia, Medellín, Colombia; investigación terminada el 04 de diciembre de 2013.

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a07

Fecha de recepción: 02 de junio de 2015

Fecha de aprobación: 10 de julio de 2015

# Análisis de la pertinencia de la investigación en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia

*Erika Franco Gómez<sup>1</sup>*

## Resumen

En este artículo se presenta un análisis de la pertinencia de la investigación en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia a la luz de los conceptos de pertinencia social y académica y a partir de una posible relación entre la investigación y la extensión.

El periodo estudiado corresponde a 1992-2009. Con tal fin, se describen en primer lugar, algunas ideas encontradas en la literatura sobre la noción de pertinencia, distinguiendo la pertinencia social de la académica, entendiendo la primera como la relación con la sociedad y la segunda como la relación con la producción de conocimiento; en segundo lugar, se aborda lo que ha sido la investigación y la extensión en la Universidad de Antioquia y en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, a partir de lo hallado en los documentos institucionales y en las fuentes orales; para plantear finalmente, que la investigación y la extensión deben estar articuladas de tal forma que se posibilite la formación de profesionales idóneos y aportes sociales.

**Palabras clave:** investigación, pertinencia social, pertinencia académica, investigación y extensión

## Analysis of the relevance of research on the law program at the University of Antioquia

### Abstract

In this article you will find an analysis of the relevance of investigations in the Law Program through the concepts of social and academic relevance at the Universidad de Antioquia under the light of the concepts of social and academic relevance, starting at a possible relationship between research and continuing education.

The period studied goes from 1992 to 2009. Firstly, with such an objective in mind, some ideas found in the literature regarding pertinence are described, establishing the difference between social and academic pertinence, understanding the first one as a relationship with society and the second one as a relationship with the production of knowledge. Second, it addresses what research and continuing education have been at the Law and Political Science department in the Universidad de Antioquia based on the findings in the institutional documents and the oral sources. It finally states that research and continuing education need to be articulated to make possible the training of skilled professionals and social contributions.

**Keywords:** research, social pertinence, academic pertinence, research and extension.

---

<sup>1</sup> Abogada, profesora de cátedra de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Integrante del Grupo de investigación Derecho y Sociedad. Línea: Investigación y Derecho. E-mail: erika.franco@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Franco Gómez, E. (2015). Análisis de la pertinencia de la investigación en el programa de derecho de la Universidad de Antioquia. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 141-160. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a07

# Análisis de la pertinencia de la investigación en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia

## Introducción

Este artículo, producto final de la investigación *Pertinencia e impacto social de la investigación jurídica: el caso del programa de derecho de la Universidad de Antioquia 1992-2009*, tiene como objetivo analizar la pertinencia de la investigación que han realizado los profesores en el programa de Derecho, cuyos proyectos han sido inscritos en el Sistema Universitario de Investigación y la relación que estas investigaciones han tenido con la extensión, lo cual exige el estudio de estos dos objetivos misionales de la Universidad, a la luz de los conceptos de pertinencia social y pertinencia académica. El problema central estudiado en la investigación giró en torno a la siguiente pregunta: ¿cómo ha sido la pertinencia y el impacto social de las investigaciones jurídicas en el periodo 1992-2009?

Para el logro de los objetivos propuestos en la investigación, se partió del “pluralismo metodológico” (Bourdieu & Wacquant, 2005) y se desarrollaron tres fases en las que se combinaron la teoría y la práctica y se usaron estrategias de la investigación documental y del estudio de caso. Las fases se describen brevemente a continuación:

1. *Rastreo de información*: consistió en la compilación de información documental consignada en la literatura y en los proyectos de investigación inscritos en el Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, así como, en la aplicación de entrevistas a los profesores investigadores.
2. *Recolección de datos*: la información encontrada en la fase anterior, fue consignada en fichas de análisis y se elaboró una matriz que contenía un inventario de los proyectos de investigación propuestos por los profesores de la Facultad, inscritos en el citado Centro de Investigaciones.
3. *Análisis y triangulación de la información*: comprendió la clasificación y comparación de la información encontrada, lo cual propició el contraste y el análisis de los hallazgos de la investigación.

Por su parte, para la elaboración de este artículo, también se tomó como referente metodológico lo postulado por Bourdieu & Wacquant (2005), con tal fin se combinaron las fuentes escritas y orales al analizar la información recolectada en la literatura revisada y en las entrevistas aplicadas. Principalmente se tuvo en cuenta la información tomada de las fuentes orales; esto sin demeritar lo obtenido mediante las fuentes escritas, pues a partir de estas, se hizo la reconstrucción del concepto de pertinencia y se logró hacer la distinción entre pertinencia social y pertinencia académica.

Adicionalmente, los documentos institucionales tales como los Planes de Desarrollo de la Universidad de Antioquia 1995-2006 y 2006-2016, el Informe Final de Autoevaluación para la Acreditación del pregrado de Derecho, sede Medellín del 2001, los Informes de Autoevaluación para la Reacreditación del pregrado de derecho sede Medellín del 2005 y 2012 y el Balance Social presentado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas entre el 2002 y el 2009, tuvieron un importante papel en el desarrollo de este artículo a la hora de describir la investigación y la extensión, tanto en la Universidad de Antioquia como en el programa de Derecho.

En la primera parte de este artículo, se mencionan los diferentes modelos de Universidad y sus compromisos a partir de los cuales se proponen diferentes tipos de investigación y de enfoques investigativos.

En la segunda, se describe la noción de pertinencia y se define lo que se entiende por esta, de tal modo que se restringe su definición a la adecuación a determinada política, se analiza la pertinencia de las investigaciones en el programa de Derecho a partir de los lineamientos señalados por los Planes de Desarrollo de la Universidad de Antioquia, describiendo en la tercera parte los significados de investigación y extensión consignados en tales documentos.

En la cuarta parte, se indican los hallazgos respecto de la investigación y la extensión en el programa de Derecho y, para finalizar, en la quinta parte, se presenta el análisis de la relación que pueda existir entre la investigación y la extensión en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia, de un lado, para determinar la pertinencia social, y de otro, la relación entre las investigaciones que se han realizado y el conocimiento que circula en las aulas del programa, para determinar la pertinencia académica.

## **1. Los modelos de Universidad y sus compromisos**

La Universidad tiene como misión la producción de conocimiento y la formación de pensadores y se caracteriza, principalmente, por ser una corporación autónoma e independiente del Estado y la Empresa (Vélez, 2001).

Uno de los fundamentos de éste modelo de Universidad viene a partir de los postulados Humboldtianos que plantean la academia como objetivo principal de la Universidad, la cual debe nutrirse y fundamentarse de la investigación, al respecto Malagón (2005) señala que:

La idea de una Universidad investigativa en el concepto de Humboldt es muy diferente al concepto moderno de Universidad de investigación [pues para él] la investigación es fundamentalmente un soporte de la academia, de la docencia, su propósito es elevar la calidad de la docencia, por lo tanto es una investigación hacia adentro de la Universidad y para sus intereses de autoidentidad y autonomía (p. 26).

Tales planteamientos, según lo indica éste autor, fueron la base de la Universidad moderna de finales del siglo XIX, como predecesores del modelo de Universidad contemporáneo el cual es diverso, pero que debido a la globalización y al neoliberalismo, se ha buscado la imposición de reglas “en nombre de la modernización y de la inserción de la Universidad en el contexto de la sociedad del conocimiento, de los aprendizajes y de la informalización de la educación” (p. 47), esto con el objetivo de que la Universidad “decline su vocación social y de compromiso con los sectores más deprimidos de la región” (p. 48).

En la Universidad contemporánea, Malagón (2005) indica que hay tres discursos:

[1] adecuación de la Universidad al escenario del mercado, articulada con el Estado y comprometida con los intereses de los sectores dominantes y dinámicos de la economía; [2] la Universidad para los universitarios, comprometida consigo misma, con una agenda propia independiente del Estado y del entorno y basada en los desarrollo de la academia como reproducción del espíritu académico, la conciencia crítica de la sociedad; y [3] la Universidad como un proyecto político, social, económico y cultural, que desde su quehacer interpreta, interpela y participa de los procesos sociales con un sentido crítico y de responsabilidad, fundamentado en el desarrollo humano, social, y sustentable (p. 49).

Tenemos entonces que en el primero, se plantea una Universidad sin autonomía, de tal modo que se propicia la generación de conocimiento parcializado, dirigido hacia el exterior y totalmente focalizado hacia las necesidades del sector económico y por tanto de la empresa privada; contrario a lo señalado en el segundo, donde se va hacia el extremo de una Universidad encerrada e indiferente frente al entorno social que le rodea. Por su parte, en el tercero se propone un equilibrio en el quehacer de la Universidad donde se incluya y haya participación no solo en lo económico, sino también en lo político, lo social y lo cultural, de tal modo que no se encierre, pero que mantenga su autonomía.

Al respecto Malagón (2005) agrega:

Cada uno de estos discursos tiene padrinos. El primero apadrinado por los organismos multinacionales: BM, Fondo Monetario Internacional – FMI, y parece ser que la UNESCO también; el segundo por los rezagos de una izquierda que se durmió en los laureles de los sesenta y setenta; y, la tercera por quienes han levantado la bandera de lo social y lo democrático que buscan un nuevo orden económico y social fundamentado [en] el desarrollo social, humano y sustentable (p. 50).

Los organismos multinacionales, encargados de respaldar la adecuación de la Universidad al mercado, han tenido fuerte influencia a la hora de marcar pautas sobre la pertinencia de las funciones de la Universidad, a saber: docencia, investigación y extensión, entendiendo como pertinente aquello que se vincula o adecúe con el sector productivo; situación que resulta preocupante toda vez que se desdibuja totalmente la misión original de la Universidad de generar y transmitir conocimiento.

## 2. Sobre la noción de pertinencia

### 2.1 La pertinencia en términos generales

Tomando como punto de partida la etimología de la palabra pertinencia, se tiene que esta

Expresa la cualidad de ser conveniente, ajustado y apropiado a algo, viene del latín *pertinentia* (correspondencia, conveniencia, conjunto de cosas que a alguien pertenecen) (...) [Pertinente] *pertinens* (que es adecuado y conveniente a una situación, que cuadra bien, que viene a propósito) (Diccionario etimológico, s.f.).

Puede observarse que *pertinencia* es un concepto bastante amplio en el cual se indica que se es pertinente en relación a algo, siempre que se de correspondencia, conveniencia o adecuación, definición que se soporta en el significado de *pertinencia* como “Circunstancia de lo que viene a propósito o es adecuado a un fin” (Gran Diccionario de la Lengua Española, 1998).

Lo anterior nos indica que la pertinencia puede ser un concepto subjetivo, el cual se encuentra ligado a un contexto, lugar y época, por lo cual se puede decir que “cada entorno es punto de partida de lo pertinente” (Garrocho & Segura, 2011, p. 25). Al respecto, también se ha dicho que “la pertinencia es un concepto dinámico, que difiere según los contextos y según los públicos” (UNESCO, 1998, p. 14) denotando de este modo, la importancia del entorno en la definición de lo que se considera o no pertinente.

Por su parte, Villaveces, Orozco, Olaya, Chavarro & Suárez (2005) presentan una definición de pertinencia más precisa, toda vez que restringen dicha adecuación, como característica propia de la pertinencia, a la suscripción de determinada política, indicando que:

La relevancia o la pertinencia pueden ser entendidas de muchas maneras distintas y no son cualidades objetivas, medibles o verificables en ausencia de un contexto preciso y particular. La relevancia o la pertinencia son características esencialmente subjetivas, dependientes de un enfoque particular: se es pertinente con relación a una política peculiar o a un sistema de valores caracterizado previamente (p. 129).

A partir de esta definición de pertinencia, se tiene entonces que la política con la cual se analiza la pertinencia de las investigaciones en el programa de Derecho, serán los Planes de Desarrollo de la Universidad de Antioquia 1995-2006 y 2006-2016, los cuales se citan en el segundo aparte de este artículo describiendo los significados de investigación y extensión allí consignados.

Como conclusión de este aparte, es de tenerse en cuenta que la noción de pertinencia, ha sido ampliamente utilizada para analizar la utilidad de la educación superior, por lo cual, es importante considerar lo señalado por Sabogal (2007), quien plantea un punto de vista sobre la pertinencia totalmente opuesto al descrito hasta ahora, al señalar la necesidad de la impertinencia de la educación superior indicando que:

La pregunta fundamental de la pertinencia de la educación tiene que ver con el para qué. La educación comprometida con el mantenimiento del *statu quo* es pertinente y la que se compromete con su transformación se puede considerar válidamente como una educación impertinente (p. 113).

En este escenario se expresa de manera clara lo subjetivo que puede resultar la noción de pertinencia y la importancia de evaluarla en su contexto; por ello, en el análisis sobre la pertinencia de la investigación en el programa de Derecho trabajado en este artículo, se tiene en cuenta principalmente que se trata de la investigación al interior de una institución educativa de carácter público, y por ello, se enfatiza su pertinencia de carácter social y académica, tomando distancia de lo que es pertinencia, según el modelo económico imperante, teniendo una clara posición de la necesidad de que la educación y la investigación al interior de las Universidades, sea crítica y se preocupe por la realidad social.

## **2.2 Pertinencia académica y social**

De acuerdo con Ramírez (2005), tratándose del análisis de la pertinencia de la investigación desarrollada al interior de una institución de educación superior, se distingue la pertinencia social de un lado y la pertinencia académica de otro, conectando a la pertinencia social con la contribución para la solución de los problemas sociales y relacionando la pertinencia académica con la adquisición de un conocimiento adecuado para el ejercicio profesional.

Por otro lado, en términos de Alcántara & Zorrilla (2010), “la pertinencia tiene, entre sus diversos significados, el de referirse a la correspondencia con las necesidades sociales. Pero también, en este caso, sería lo que requiere saber un estudiante al final de su paso por la Educación Media Superior” (p. 39).

Si bien Alcántara & Zorrilla (2010), hacen referencia a la formación media básica en México, la cual, según lo expresado por estos, es la que se brinda a los jóvenes entre los 15 y los 17 años antes de ingresar a la educación superior, lo expresado en relación a la pertinencia, es perfectamente aplicable a nuestro contexto universitario, pues tratándose de una institución educativa, es necesario que haya un compromiso tanto con los estudiantes como con la sociedad.

De acuerdo a lo planteado, se pueden distinguir claramente la pertinencia social y la pertinencia académica en relación a las funciones que tiene la Universidad, pues se refiere al vínculo de esta con la sociedad, al señalar la correspondencia con sus necesidades, indicando su responsabilidad de ser pertinentes socialmente, y su deber en cuanto a la formación de los estudiantes, por lo cual está llamada entonces a ser pertinente académicamente.

La discusión en torno a la pertinencia social de las actividades que desarrolla la Universidad, es de suma importancia toda vez que lo ocurrido en el entorno social afecta a la Universidad, más aún cuando se trata de la Universidad pública, la cual no puede ignorar su contexto, pues frente a éste, le corresponde plantearse nuevos desafíos, siendo cuidadosa de conservar un equilibrio, dando igual importancia a la pertinencia social y a la pertinencia académica, sin privilegiar a una u otra.

El hecho de que se esté privilegiando la pertinencia social a la hora de evaluar a las Universidades, se expresa claramente en la Declaración Mundial sobre la Educación Superior en el Siglo XXI: Visión y Acción, al señalar en su artículo sexto que “La pertinencia de la educación superior debe evaluarse en función de la adecuación entre lo que la sociedad espera de las instituciones y lo que estas hacen” (1998, p. 24).

En este mismo sentido, Garrocho y Segura (2011) han expresado que “la pertinencia social constituye un factor fundamental a partir del cual se reconoce el nexo indisoluble de la misión en las ies con las necesidades y expectativas de la sociedad” (p. 25), y si bien ese nexo con la sociedad al que están llamadas a tener las Universidades es de suma importancia, no puede perderse de vista que la pertinencia académica juega un papel fundamental en la creación y transmisión del conocimiento libre de cualquier sesgo o parcialidad impuesto por algún interés dominante.

Es por ello que Naidorf, Giordana & Horn (2007), plantean la pertinencia de la Universidad como categoría equívoca, toda vez que:

Desde la demanda de necesidad de más *pertinencia social* se realiza explícita e implícitamente la crítica a la impertinencia universitaria –entendida esta como la falta de *pertinencia* de su producción en relación con el cumplimiento de las demandas sociales de su lugar y época– (p. 23).

Dichas demandas, según lo expresan estos autores, cuestionan duramente la legitimidad de la Universidad exigiendo de esta más pertinencia social en sus investigaciones y actividades de extensión, pero el inconveniente ha sido que dicha pertinencia social no es valorada en relación a las necesidades sociales, sino a las necesidades del modelo económico imperante, toda vez que “A través de este último modelo de vinculación Universidad-Empresa- Estado, se evidencia el reemplazo de la Sociedad por la Empresa, utilizadas como sinónimos” (Naidorf, Giordana & Horn, 2007, p. 25).

Por lo anterior, es necesario un enfoque integral del concepto de pertinencia social en el que se vincule a la sociedad mediante las actividades que desarrolla la Universidad, contribuyendo a la transformación de esa sociedad compuesta por las mayorías excluidas, al incidir, participar o acompañar los cambios de su entorno (Malagón, 2002).

Una de las maneras en que la Universidad puede vincularse con la sociedad es a través de su actividad de extensión, y es por ello que la investigación en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia debe estar comprometida con los estudiantes que forma y con las necesidades de la sociedad que le rodea, y es por esto que resulta relevante la preocupación por la articulación entre la investigación y la extensión como dos de las funciones misionales que deben y pueden fortalecerse mutuamente.

Ahora bien, es importante no perder de vista que ese enfoque integral de la pertinencia posibilita que la investigación no tenga que encasillarse en determina-

dos temas, pues el abanico de problemáticas a investigar en la sociedad es amplio cuando se tiene en cuenta que estas son múltiples y diversas, a diferencia de lo planteado por Naidorf, Giordana & Horn, cuando expresan que “la idea de pertinencia, frecuentemente utilizada en la literatura sobre el tema de la Universidad, supone también una cosificación de la sociedad (como si esta fuera un conjunto con cierta homogeneidad de necesidades, problemas o demandas)” (2007, p. 24).

Señalado entonces el marco en el cual entenderemos la pertinencia de las investigaciones que fueron objeto de estudio, y reconociendo la importancia de un diálogo entre la investigación y la extensión, para la búsqueda de la pertinencia social y académica, pasaremos a describir lo señalado por los Planes de Desarrollo de la Universidad de Antioquia 1995-2006 y 2006-2016 respecto de la investigación y la extensión.

### **3. Investigación y extensión en la Universidad de Antioquia**

La investigación se plantea a partir del Plan de Desarrollo 2006-2016 como “fuente del saber, generadora y soporte del ejercicio docente” (p. 23) y tiene como propósito “la búsqueda de soluciones a los problemas de la región y del país” (p. 23), lo anterior indica que se toma la investigación como eje transversal de la docencia y la extensión, toda vez que aquí, la investigación es fundamento de la docencia, y las necesidades sociales resultan objeto de investigación, que posteriormente deberían reflejarse en las actividades de extensión, mediante las cuales se da esa relación entre la Universidad y la sociedad.

De lo anterior se deduce una preponderancia de la investigación en la Universidad, pues se indica la importancia de su presencia en el desarrollo de las otras dos funciones misionales, a saber, la docencia y la extensión, indicando que debería darse una relación entre la docencia y la investigación por un lado, y entre la investigación y la extensión por el otro; de este modo, se pretende en este aparte, describir cómo se ha propuesto y desarrollado dicha relación, específicamente entre la investigación y la extensión como los objetos de estudio en el presente artículo.

En el Plan de Desarrollo 1995-2006 de la Universidad de Antioquia no resulta muy clara una posibilidad de relación o diálogo entre la investigación y la extensión, pues en su análisis, encontramos que se separa la función social de Universidad de su función académica, atribuyendo la primera, como labor que debe desarrollarse desde la extensión, y a la segunda como labor desde la docencia y la investigación, además se señala que los principales objetivos de la Universidad son el desarrollo y la difusión del conocimiento y el compromiso en la búsqueda de soluciones a

las problemáticas sociales, frente a lo cual la investigación sería la encargada de propiciar el desarrollo del conocimiento, a la docencia le correspondería su difusión, y mediante la extensión, se propiciaría ese vínculo con la sociedad para contribuir en la identificación y solución de las problemáticas que le aquejan, señalando de este modo una tarea específica y por separado a cada de sus funciones misionales.

De otro lado, en el Plan de Desarrollo 2006-2016, se hace énfasis en el papel de la Universidad como gestora de la transformación social, dando gran importancia a la extensión, al señalar que mediante esta, se expresa la relación entre la Universidad y la sociedad, con el objetivo de que las necesidades sociales se conviertan en objeto de cátedra y de investigación. Adicionalmente, uno de los temas estratégicos en este Plan, es la interacción Universidad – Sociedad, en la cual encontramos, la búsqueda del fortalecimiento de la extensión desde la investigación, en los objetivos y acciones estratégicas de dicho Plan.

Vemos de este modo, cómo a partir del 2006 se le da un lugar importante a la extensión en la Universidad y se muestra un interés en que esta dialogue con la investigación, a fin de que la relación entre la Universidad y su entorno social sea cada vez más cercana, proponiéndose el estudio de las problemáticas sociales a través de la investigación.

Como muestra de lo anterior, encontramos que en la presentación de los objetivos misionales de la Universidad de Antioquia, se plantea que “La investigación y la docencia constituyen los ejes de la vida académica de la Universidad y ambas se articulan con la extensión para lograr objetivos institucionales de carácter académico o social” (Universidad de Antioquia, s.f.) frente a lo cual se encuentra que debería existir una relación entre la investigación y la extensión, a fin de dar respuesta a esos dos grandes objetivos institucionales, tanto en lo social, al tratar de responder a las necesidades del entorno y, en lo académico, al preocuparse por la formación de profesionales.

#### **4. Investigación y extensión en el programa de Derecho**

A partir de los hallazgos de la investigación, basados en el inventario de los proyectos de investigación propuestos por los profesores de la Facultad inscritos en su Centro de Investigaciones entre 1992-2009, donde se analizaron datos de un total de 50 proyectos, y con fundamento en los resultados de las entrevistas realizadas a 14 de los profesores investigadores; encontramos respecto al vínculo entre la investigación y la extensión en el programa de Derecho que:

La investigación en el programa de Derecho, ha tenido importantes efectos en la formación de los estudiantes del pregrado, pues según la información consignada en 22 de los 50 proyectos de investigación analizados, se encontró que 60 estudiantes, participaron como estudiantes en formación o auxiliares de investigación, abriendo la posibilidad de ampliar sus horizontes y, por tanto, influyendo en gran medida en su formación profesional.

En los Informes de Autoevaluación para la Reacreditación del pregrado de Derecho, sede Medellín, presentados en el 2005 y 2012, se encontró que entre el 2002-2009 se vincularon 304<sup>2\*</sup> estudiantes como auxiliares de investigación y estudiantes en formación en los diferentes proyectos de investigación presentados por los profesores de la Facultad, denotando de este modo un valioso aporte en la formación a los estudiantes a través de la investigación, respecto de lo cual indicó el profesor Gabriel Ignacio Gómez (2012) que “Definitivamente es un compromiso ético de los profesores investigadores formar los estudiantes”.

Por su parte, los profesores entrevistados indicaron que la investigación en el programa de Derecho ha facilitado profundizar en el estudio de determinados temas, posibilitando resolver problemas teóricos, aportando al contenido de los cursos y al fortalecimiento de las áreas en la que cada uno imparte sus conocimientos y sus saberes, lo cual permite decir que dichas investigaciones se han preocupado por la pertinencia académica, pero también señalaron que esas investigaciones han propiciado la visibilización de problemáticas sociales, denotando de este modo una preocupación por la pertinencia social.

Otras de las utilidades que varios de los profesores entrevistados reportaron de las investigaciones por ellos desarrolladas, es la posibilidad de problematizar y ejemplificar en los cursos relacionados con el tema investigado; asimismo, el hecho de que dichas investigaciones hayan trascendido a conferencias, semilleros de investigación y cursos de extensión.

Adicionalmente, los saberes producidos a través de las investigaciones llevadas a cabo en el programa a lo largo del período objeto de análisis, han propiciado importantes resultados en el ámbito académico, debido a que se ha contribuido a la producción de conocimiento, que se ha difundido mediante artículos de investigación, publicados principalmente en la revista Estudios de Derecho.

Tenemos pues, que la investigación en el programa de Derecho, ha tenido importantes desarrollos que se pueden evidenciar, por ejemplo, en la conformación

---

2 El número de los estudiantes en formación y auxiliares de investigación contabilizados en la matriz de los proyectos de investigación 1992-2009, no coinciden con el número de estudiantes que se indica en los informes de autoevaluación para éste mismo periodo.

de nuevos grupos de investigación, toda vez que según los Informes de Autoevaluación del programa de Derecho, sede Medellín, para el 2001 solo existían dos grupos de investigación consolidados (2001, p. 96) mientras que para el 2009, además de darse la consolidación de los grupos existentes, se crearon los grupos de investigación, Sistema Penitenciario; Saber, Poder y Derecho; Gobierno y Asuntos públicos; Derecho y Territorio y el Grupo Interdisciplinario de Estudios de Derecho –GRIED– (2012, p. 20, 92).

Además, según lo expresado por varios de los profesores en las entrevistas, se han dado importantes avances en la consolidación de una cultura investigativa, los entrevistados estuvieron de acuerdo en afirmar que la investigación en el programa de Derecho ha sido pertinente.

En cuanto a la extensión, podemos decir que mediante sus actividades en el Departamento de Prácticas del programa de Derecho –principalmente– y a través de los programas de educación no formal, se ha propiciado un acercamiento con la sociedad, toda vez que según lo hallado en el Informe Final de Autoevaluación para la Acreditación del pregrado de Derecho, sede Medellín, presentado en el 2001, las actividades de extensión desarrolladas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, tienen entre sus objetivos el acercamiento a la comunidad y la vinculación con las necesidades del medio.

Dicho acercamiento con la sociedad y sus necesidades se ha hecho más tangible a través de la extensión solidaria que se realiza en el programa de Derecho desde el Departamento de Prácticas, el cual fue creado con el objetivo de brindar asesoría jurídica y educación jurídica básica para la formación ciudadana a la comunidad.

Para el cumplimiento de tales objetivos, el Departamento de Prácticas cuenta con los siguientes programas: Consultorio Jurídico Urbano, Consultorio Jurídico Rural, Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez”, Práctica Alternativa, Centro de Atención Integral a la Familia, Programa de Atención a Víctimas y Programa de “Educación Jurídica Básica”.

Dentro de tales programas, ha sobresalido el Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez” el cual recibió en el 2005 la distinción “Presencia de la Universidad en la Sociedad” en la categoría oro, importante reconocimiento otorgado a los centros de práctica debido a su proyección social, indicando en la Resolución Académica 1774 de 2005 que este programa “sienta las bases para la reconstrucción del tejido social, pues su actividad, que va más allá de la celebración de Audiencias de Conciliación, se dedica a desarrollar procesos pedagógicos con la comunidad, mostrando que es posible la solución directa, pacífica y negociada del conflicto” (Consejo Académico de la Universidad de Antioquia, considerando 3ro, 2005).

De otro lado, también se resalta el Consultorio Jurídico Rural, mediante el cual se ha llevado capacitación y asesoría jurídica gratuita a diferentes municipios del Departamento de Antioquia, tales como: Cocorná, Salgar, San Luis, El Retiro, Fredonia, Liborina, Sopetrán, Rionegro, El Santuario, Carmen de Viboral, Sonsón y Titiribí, prestando atención a 10.367 personas en el periodo comprendido entre 2002 y 2009 (Balance Social, 2002-2009), contribuyendo en gran medida al conocimiento directo de las problemáticas que enfrenta la población rural.

Tenemos entonces que la investigación y la extensión en el programa de Derecho tiene importantes logros y fortalezas; ahora bien, teniendo como punto de partida las políticas generales de la Universidad, respecto de las cuales se plantea un claro interés en que exista una relación entre las actividades de extensión y de investigación, encontramos que es deber de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas seguir por esa misma línea, por lo cual, a continuación se expondrá la relación que ha habido entre la investigación y la extensión en el programa de Derecho de la Universidad de Antioquia, descrita a través de la voz de los profesores investigadores, quienes señalaron su perspectiva frente a este aspecto; y a partir de allí, se analizará la pertinencia académica y social de la investigación que se ha desarrollado, para determinar hacia dónde está siendo dirigida principalmente: hacia la sociedad o hacia los estudiantes.

## **5. Análisis de la relación investigación – extensión**

Hay distintas opiniones respecto del diálogo que existe entre las actividades de investigación y extensión en el programa de Derecho; de un lado, se deduce un sentir general en los profesores entrevistados respecto de la falta de articulación entre la investigación y las actividades de extensión; algunos manifiestan, por ejemplo, que en ocasiones la actividad investigativa termina siendo muy específica, es decir que debido a la delimitación del objeto de estudio a investigar, los resultados de dicho trabajo no terminan siendo suficientes para proponer la creación de un nuevo curso de educación continua como actividad de extensión, pues a lo sumo podría usarse como un módulo de un curso o diplomado existente, y por otro lado, también podría presentarse que el resultado de dicha investigación no es un tema de interés para la comunidad en general y por tanto, la propuesta de alguna actividad de extensión producto de la investigación realizada, no tendría acogida.

Sumado a ello, está el hecho de que la mayor parte de la investigación desarrollada en el programa de Derecho es básica, y en un menor número, aplicada, lo cual dificulta la relación con la extensión, pues es en los casos de la investigación

aplicada donde podría presentarse la actividad de extensión como objeto de investigación o la propuesta de actividades de extensión a partir de los resultados de investigaciones, por lo cual sería muy significativo, por ejemplo, que dentro de los productos exigidos al finalizar la investigación se incluya la extensión.

En ese mismo sentido, hay quienes consideran que la Universidad no ha dado el mismo reconocimiento o estatus a la actividad de extensión que a la actividad investigativa, pues se hace notoria una preponderancia de esta última al sumar puntos en el escalafón docente, lo cual de algún modo desincentiva a los profesores el desarrollo de actividades de extensión y, por tanto, a la articulación de esta a su actividad investigativa.

De otro lado, algunos profesores señalaron que en la práctica han llevado los resultados de sus investigaciones a actividades de extensión como cursos de educación continua, al afirmar por ejemplo que “hemos servido muchos cursos de extensión a la comunidad, a distintos públicos” (Puerta Lopera, 2012), o en la participación en distintos módulos de diplomados, o como material para ejemplificar a través de la experiencia de lo encontrado en la investigación, la relación con lo expuesto en la teoría, como lo expresó la profesora Cano Blandón (2012).

Pero han sido escasos los cursos de extensión que se han propuesto a partir de los resultados de investigación pues “eso ni siquiera está dimensionado como un compromiso de un resultado de investigación” (Mejía Walker, 2012), esto denota que aún nos falta fortalecer esa articulación entre la investigación y la extensión en el programa de Derecho, proponiendo un mayor número de actividades de extensión tales como cursos a la comunidad a partir de los resultados de las investigaciones.

Por su parte, también se han presentado investigaciones basadas en actividades de extensión, lo cual es muy importante en el sentido del aporte social y académico, toda vez que mediante la prestación de un servicio a la comunidad, se está generando conocimiento. Al respecto la profesora Isabel Puerta (2012) dijo: “el consultorio por normativa de la Universidad es extensión, pero fíjese que hay unas propuestas hermosas sobre crear observatorios, sobre hacer clínicas, sobre hacer sistematización de experiencias, y todas esas son propuestas de investigación”.

Tal es el caso del Centro de Conciliación Luis Fernando Vélez Vélez, el cual ha servido como objeto de reflexión para la investigación, a partir de lo cual los profesores han desarrollado diferentes proyectos de investigación, como ha sido el caso de los profesores Gabriel Ignacio Gómez Sánchez y Miguel Ángel Montoya Sánchez.

Aunque esta situación, tampoco ha sido la regla general, pues hace falta que se lleve más a la investigación las demás actividades de extensión desarrolladas en

los diferentes programas del Departamento de Prácticas, tales como el Programa de Atención a Víctimas o el Centro de Atención Familiar donde encontramos problemáticas de gran relevancia social que deberían articularse con la investigación, como lo son el conflicto armado interno, el desplazamiento forzado por la violencia, la desaparición forzada, la violencia intrafamiliar, la situación de infancia y adolescencia, entre otros.

Sobre la pertinencia de la investigación en el programa de Derecho, los profesores distinguieron entre la investigación dirigida a la sociedad, como aquella que se preocupa por la transformación social y está cercana a sus problemáticas y la dirigida a los estudiantes, en virtud de su contribución para el fortalecimiento teórico de los cursos que ellos dictaban, o de la formación brindada durante el proceso de investigación a los estudiantes auxiliares.

Al respecto un grupo de profesores resalta la importancia de ser pertinentes socialmente con nuestras investigaciones toda vez que, según ellos “la sociedad demanda mucho de nosotros como profesores, como intelectuales, como investigadores, para que solamente nos quedemos aquí encerrados” (Gómez Sánchez, 2012), por lo tanto, se plantea la necesidad de que nuestras investigaciones salgan de las aulas de clase y se pregunten por las problemáticas sociales de tal manera que puedan aportar a su visibilización o solución, tal como lo expone la profesora Puerta Lopera (2012).

Ahora bien, al hablar de pertinencia social de la investigación, es importante tener en cuenta los productos que pueden mostrarse a partir de las investigaciones en derecho, tales como el estudio, la evaluación y la visibilización de problemáticas (Cano Blandón, 2012), los cuales son un importante aporte a la sociedad, que si bien no necesariamente alcanzan la solución de las problemáticas sociales, es indudable que si se constituyen en un aporte social a la hora de denunciar o evaluar tales problemáticas.

De otro lado, en cuanto a la pertinencia académica de la investigación en el programa de Derecho, se resalta la importancia de la investigación dogmática, debido a su aporte a la formación de los estudiantes, de tal manera que se señala que las investigaciones también deberían ser pertinentes académicamente, pues mediante esto, no sólo se logran grandes aportes para el fortalecimiento de los cursos, tal como lo señalaron las profesoras Cano Blandón y Puerta Lopera (2012), sino que permite a los estudiantes “hacer artículos, hacer ponencias, asistir a congresos, se preparan también como docentes en la Universidad, es decir, eso tiene unos intangibles muy difíciles de medir, pero indiscutiblemente sí tienen mucha importancia” (Ruiz Jaramillo, 2012).

Tenemos pues que en el programa de Derecho se han presentado investigaciones pertinentes tanto social como académicamente, pero la balanza se ha inclinado un poco más hacia la pertinencia académica toda vez que la mayoría de estas investigaciones no ha tomado en cuenta las principales problemáticas que aquejan a la sociedad para convertirlas en su objeto de estudio, o no se han preocupado porque los resultados de las investigaciones propuestas se dirijan a la sociedad. Y es por esto que resulta de suma importancia que haya mayor articulación entre la investigación y la extensión, pues “la extensión puede ser muy útil para percibir necesidades sociales” (Amaya Castrillón, 2012).

En este sentido, el Plan de Desarrollo de la Universidad de Antioquia 2006-2016, indica en el objetivo del fortalecimiento del vínculo de la Universidad con la Sociedad, las siguientes acciones estratégicas:

- (...) 3) Fortalecer la extensión desde el quehacer de los programas de formación y grupos de investigación.
- 4) Consolidar la gestión tecnológica de la Universidad y fortalecer la transferencia de los resultados de la investigación al entorno social y económico de la región y el país. (...)
- 10) Promover la divulgación y publicación de resultados de procesos de extensión (p. 96).

Tales acciones, nos muestran las ventajas que podrían obtenerse de un trabajo más articulado entre la investigación y la extensión; pues ello da la posibilidad de que hubiese un fortalecimiento mutuo en ambos sentidos; toda vez que se aprovecharía la extensión para lograr una mayor difusión de los resultados de las investigaciones, propiciando que estas no solo se queden en la publicación de un artículo, tal como se hizo latente, a partir de lo hallado en los resultados de esta investigación. Por su parte, se aprovecharía la investigación para visibilizar los resultados de la infinidad de actividades de extensión solidaria que se llevan a cabo en la Facultad, los cuales generalmente se diluyen por falta de un trabajo investigativo que propicie su evaluación, seguimiento y sistematización.

Tenemos entonces que el programa de Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, tiene importantes fortalezas en la investigación y en las actividades de extensión que desarrolla; y si bien ha habido un tímido intento por articular dichas actividades, este debe consolidarse a fin de aprovechar los distintos escenarios de cada una, de tal modo que pueda darse un fortalecimiento mutuo y se llegue a presentar la formación de profesionales capacitados académicamente mediante el quehacer investigativo, que en sincronía con las actividades de extensión, tienen la posibilidad de relacionarse con el entorno social, contribuyendo al estudio de las problemáticas que a esta le aquejan.

## Conclusión

Partiendo del reconocimiento de la importancia de un diálogo entre la investigación y la extensión para el fortalecimiento de la pertinencia social y académica de la investigación en el programa de Derecho, se concluye que:

Debe propenderse por un relacionamiento más estrecho de la investigación con la extensión, de tal modo que haya una mayor preocupación por el estudio de lo que pasa en la sociedad, cuyas problemáticas son constantemente visibilizadas mediante la extensión solidaria.

Es importante considerar que la investigación pertinente socialmente, tiene la potencialidad de hacer valiosos aportes a la actividad de extensión, en el sentido que generaría propuestas sobre cómo atender a esas necesidades sociales a través de la extensión solidaria y no solidaria.

Debe conservarse el equilibrio entre la pertinencia social y la pertinencia académica, pues si bien la función de la Universidad debe dirigirse a la sociedad, no puede perderse de vista la importante contribución de las investigaciones en relación a la formación de profesionales y, por tanto, a la pertinencia académica.

Es indispensable no perder el norte del sentido de lo que se entenderá por pertinencia social en el contexto de una Universidad pública, la cual debe proponerse la búsqueda de soluciones a las problemáticas sociales, siendo las investigaciones pertinentes en este sentido, y no a merced de un modelo de desarrollo centrado en intereses económicos.

Respecto de la pertinencia, es importante tener de presente, que esta no implica o está intrínsecamente relacionada con la obtención de un resultado que genere algún cambio o impacto en la sociedad, pues a través de la investigación no se garantiza necesariamente este tipo de resultados, por lo cual, no se hablaría de impacto social, pero es posible que se propicie impacto académico. Es decir, sí puede haber pertinencia social, pero no generar impacto social, sino académico.

## Referencias

- Alcántara, A. & Zorrilla, J. F. (2010). Globalización y Educación Media Superior en México: En busca de la pertinencia curricular. *Perfiles educativos*, 32 (127), 38-57.
- Amaya Castrillón, J.C. (profesor), entrevista personal, 16 de febrero de 2012.
- Bourdieu, P. & Wacquant, L (2005). *Una invitación a la sociología reflexiva*. Buenos Aires, Argentina: Siglo XXI Editores.

- Cano Blandon, L. F. (profesora), entrevista personal, 20 de enero de 2012.
- Consejo Académico de la Universidad de Antioquia. (2005). Resolución Académica 177422 “Por la cual se concede el reconocimiento Presencia de la Universidad en la Sociedad, en la categoría Oro, al Centro de Conciliación “Luis Fernando Vélez Vélez”, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas”.
- Diccionario etimológico. (s.f.) Recuperado de <http://etimologias.dechile.net/?pertinencia>
- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (2001). Informe Final de Autoevaluación para la Acreditación del pregrado de Derecho, sede Medellín.
- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (2002-2009). Balance Social.
- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (2005). Informe de Autoevaluación para la Re-acreditación del pregrado de Derecho, sede Medellín.
- Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. (2012). Informe de Autoevaluación para la Re-acreditación del pregrado de Derecho, sede Medellín.
- Garrocho Rangel, C. & Segura Lazcano, G. A. (2012). La pertinencia social y la investigación científica en la Universidad pública mexicana. *Ciencia ergo sum*, 19(1), 24-34. Recuperado de [http://ergosum.uaemex.mx/pdfs/pdf\\_vol\\_19\\_1/5\\_gustavo\\_segura.pdf](http://ergosum.uaemex.mx/pdfs/pdf_vol_19_1/5_gustavo_segura.pdf)
- Gómez Sánchez, G. I. (profesor), entrevista personal, 23 de Enero de 2012.
- Gran diccionario de la lengua española (1998). Barcelona, España: Larousse editorial, S.A
- Malagón Plata, L. A. (2002). Pertinencia y Educación Superior. Una mirada crítica. Ponencia presentada en el “Tercer congreso nacional y segundo internacional retos y expectativas de la Universidad”, 6 al 9 de noviembre de 2002, Toluca, UNAM. Recuperado de [http://www.congresoretosyexpectativas.udg.mx/Congreso%203/Mesa%203/Mesa3\\_21.pdf](http://www.congresoretosyexpectativas.udg.mx/Congreso%203/Mesa%203/Mesa3_21.pdf)
- Malagón Plata, L. A. (2005). *Universidad y sociedad. Pertinencia y educación superior*. Bogotá: Cooperativa Editorial Magisterio.
- Mejía Walker, J. C. (profesor), entrevista personal, 6 de febrero de 2012.
- Naidorf, J., Giordana, P., Horn, M. (2007). La pertinencia social de la Universidad como categoría equívoca. *Nómadas*, (27), 22-33.
- Puerta Lopera, I. (profesora), entrevista personal, 30 de enero de 2012.
- Ramírez Benavides, G. F. (2005). Pertinencia socio-rural del proceso curricular en el programa de medicina veterinaria y zootecnia de la Universidad de Caldas. *Revista Universidad de Caldas*, 25 (2), 47-56.
- Ruiz Jaramillo, L. B. (profesor), entrevista personal, 18 de enero de 2012.
- Sabogal Tamayo, J. (2007). Pertinencia de la impertinencia. *Revista Historia de la educación colombiana*, (10), 111-131.
- UNESCO. (Octubre de 1998). Conferencia mundial sobre la educación superior: La Educación Superior en el siglo XXI. Recuperado de <http://unesdoc.unesco.org/images/0011/001163/116345s.pdf>

- Universidad de Antioquia. (s.f.). Funciones Misionales. Recuperado de: <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/portal/a.InformacionInstitucional/a.QuienesSomos/C.funcionesMisionales>
- Universidad de Antioquia. (marzo de 1996). Plan de desarrollo 1995-2006. La Universidad para el nuevo siglo de las luces.
- Universidad de Antioquia. (noviembre de 2006). Plan de desarrollo 2006-2016. Una Universidad investigadora, innovadora y humanista al servicio de la Región y del País. Recuperado de <http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/portal/a.InformacionInstitucional/b.DireccionamientoEstrategico/D.planesInstitucionales>
- Vélez Atehortúa, H. (2001). Universidad, Empresa, Estado: Encuentros y desencuentros. A propósito de las alianzas estratégicas. *Uni-Pluri/Versidad*, 1 (2), 3.
- Villaveces, J. L., Orozco, L. A., Olaya, D. L., Chavarro, D. & Suarez, E. (2005). ¿cómo medir el impacto de las políticas de ciencia y tecnología? *Revista de la Red Iberoamericana de Ciencia, tecnología y Sociedad*, 2 (4), 125-146.



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Dos en el inframundo  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.10 x 1.30 m  
Año: 1991

## *Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales\**

---

\* Artículo de investigación, producto del proyecto “Los nuevos derechos de participación en la Constitución ecuatoriana de 2008”, realizada en la Universidad Andina Simón Bolívar (sede Quito) durante los meses de julio y agosto de 2014.

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n159a08](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a08)

Fecha de recepción: 13 de abril de 2015

Fecha de aprobación: 29 de julio de 2015

# Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales

*Albert Noguera Fernández<sup>1</sup>*

## Resumen

Con la voluntad de cambiar el modelo de democracia liberal representativa y dar mayor protagonismo a la participación popular, la nueva constitución ecuatoriana de 2008 reconoció todo un conjunto de nuevos derechos de participación.

El presente artículo parte de la idea de que estos derechos, igual que los demás, pueden adquirir la forma de lo que llamaremos “derechos constituyentes” o “derechos constitucionales”. A partir de aquí, el artículo plantea que si bien existió una voluntad constituyente, así como la base jurídica suficiente en el texto constitucional de 2008, para poder desarrollar un modelo donde la participación adquiriese un carácter constituyente y transformador, su desarrollo normativo, despliegue práctico y condicionantes político-culturales han acabado después de unos años, vaciando tales derechos de su carácter constituyente y convirtiéndolos en estrictos derechos constitucionales.

**Palabras clave:** Ecuador, constitución, derechos de participación, derechos constituyentes.

## Rights of participation in Ecuador seven years after the adoption of the constitution: from constituent rights to constitutional rights

### Abstract

With the aim of changing the model of liberal representative democracy and give greater prominence to popular participation, Ecuador’s new 2008 constitution recognized a whole set of new rights of participation.

This article starts from the idea that these rights, like others, may take the form of what we call “constituent rights” or “constitutional rights”. From here, the article argues that although there was a constituent will and sufficient legal basis in the Constitution of 2008 to develop a model where participation acquired a constituent and transformed character, its regulatory development, practical deployment and political-cultural conditions have ended, after a few years, emptying such rights of their constituent character, and turning them into strict constitutional rights.

**Keywords:** Ecuador, Constitution, participation rights, constituent rights.

---

<sup>1</sup> Profesor titular acreditado de Derecho Constitucional en la Universidad de Valencia (España). Doctor en Derecho. Jurista y politólogo. E-mail: albert.noguera@uv.es

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Noguera Fernández, A. (2015). Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 161-193. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a08

# Los derechos de participación en Ecuador siete años después de la aprobación de la constitución: de derechos constituyentes a derechos constitucionales

## Introducción: la diferencia entre derechos constituyentes y derechos constitucionales

El estudio de los derechos puede hacerse desde un punto de vista cuantitativo, respondiendo a la pregunta: ¿existen hoy más o menos derechos que ayer y más o menos que mañana?; o puede hacerse también desde un punto de vista cualitativo intentando responder la pregunta: ¿Qué función juega este o aquel derecho en el seno de una formación económico-social histórico-concreta? ¿Puede este o aquel derecho jugar algún papel en la transformación estructural de las formas de organización y distribución del poder político y económico?

En este sentido y en función de cuál sea para el caso de cada derecho a las últimas preguntas, diferenciaremos entre los que llamaremos *derechos constituyentes* y *derechos constitucionales*.

Denominamos derechos constituyentes a aquellos o aquel derecho “fundante” a partir del cual se ordena una sociedad históricamente determinada y la vida de los individuos que viven en ella, en tanto se vuelve la clave constitutiva e interpretativa fundamental de la organización social, política y económica. Estos son “derechos-totalidad”. Se trata de derechos base alrededor de cuyo reconocimiento se construye y articula la totalidad interconectada de relaciones económico-sociales propias de la sociedad en cuestión. El derecho no solo regula lazos directos entre personas, sino que de él se desprende una regulación independiente que le sobrepasa y se constituye en criterio de ordenación de toda la sociedad. Dos de los principales ejemplos de este tipo de derechos son la propiedad en el siglo XIX<sup>2</sup> y el trabajo en el siglo XX<sup>3</sup>.

---

2 Durante el Estado liberal temprano, el elemento que determinaba el acceso a todos los demás derechos era la propiedad. La legislación regulaba las relaciones individuales y atribuía a cada cual sus derechos en relación con la propiedad. La estructuración de los dos ámbitos del espacio público (Sociedad Política y Sociedad Civil) se hace en él alrededor del concepto de propiedad. La Sociedad Política era un espacio donde solo tenían sufragio activo y pasivo los individuos propietarios y la sociedad civil se concebía como aquel espacio donde los individuos propietarios desarrollaban su actividad mercantil.

3 Durante el s. XX el trabajo productivo se conformó en el constitucionalismo social europeo de postguerra en el componente fundamental que constituía y estructuraba la ciudadanía política y social. Constituciones

Por el contrario, denominaremos derechos constitucionales al resto de derechos. Estos son “derechos-fragmento” que regulan relaciones simples de la realidad social constituidas por las vinculaciones de individuos a individuos o entre una pluralidad de ellos. Se trata de derechos cuyo reconocimiento es valioso en tanto implica una ampliación de libertad, pero no afecta estructuralmente a la base del sistema. Su reconocimiento despeina al sistema arrancándole paulatinamente reformas que amplían la “tolerancia” hacia los nuevos sujetos sociales, pero no lo transforman de manera estructural. Dos ejemplos de derechos conformados durante las últimas décadas como derechos constitucionales son: el derecho al aborto o el reconocimiento o equiparación jurídica con las demás de las parejas de un mismo sexo.

En consecuencia, derechos constituyentes y derechos constitucionales se diferencian en función de su interrelación con y afectación sobre el sistema político, económico y cultural de una sociedad.

Ahora bien, ¿qué derechos son constituyentes y cuáles constitucionales?

No hay de antemano derechos constituyentes o constitucionales, la naturaleza de cada derecho puede cambiar en función del papel que cada uno de ellos juega en el entramado de la realidad constitucional. Todos los derechos pueden ser constituyentes o constitucionales.

Al igual que los demás derechos, los nuevos derechos de participación recogidos en las nuevas constituciones latinoamericanas pueden desempeñar dentro del sistema constitucional una función de derechos constituyentes o de derechos constitucionales. Veremos a continuación, cuáles son aquellos elementos que hacen que los nuevos mecanismos de democracia participativa operen de una u otra forma, y cuál de estas dos formas pretendían darles los distintos constituyentes estatales en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano.

## **1. Los elementos que determinan la forma de los nuevos mecanismos de participación como derechos constituyentes o constitucionales**

Me referiré a tres elementos: la motivación de los derechos de participación; las fases de las políticas públicas en que opera la participación; y sus consecuencias en la organización y conformación social. Si bien los presento aquí por separado con

---

como la de la República española de 1931 empieza su primer artículo señalando “*España es una República democrática de trabajadores de toda clase*”, o como la de la República italiana de 1947, establece también en el art. 1: “*Italia es una República democrática fundada en el trabajo*”. El trabajo era, en el Estado social, el elemento fundante y determinante de acceso a la ciudadanía y del sistema de relaciones políticas y económicas (Sobre ello, ver Alonso, 2007).

una única intención analítica, en la práctica los tres elementos aparecen mezclados de manera indisociable entre ellos, determinándose los unos a los otros.

### **1.1 La motivación de los nuevos derechos de participación: motivación ideológica y motivación técnica**

En el caso de los derechos de participación como derechos constituyentes, se basan en una motivación ideológica. Toda ideología implica la suma de “conciencia” y “acción”, en correspondencia con estos dos elementos, respectivamente, la defensa de los mecanismos de democracia directa con motivación ideológica está estrechamente vinculada a dos aspectos:

Uno, a la crítica al orden estatal y económico liberal. Aquí los procesos participativos no son solamente la construcción de un sujeto colectivo participante como “cuerpo electoral” formal con la finalidad de “ser consultado en” o “formar parte de” los procesos decisorios del Estado, sino que son movimientos donde el sujeto colectivo se construye a partir del conflicto estructural con los propios principios de organización política de la sociedad y formas de distribución de la riqueza social.

Y otro, a la concepción de la participación como estrategia de transición. Ello implica entender la participación como “desbordamiento” de las estructuras estatales, las instituciones políticas y sus relaciones de distribución, para reorganizar formas alternativas de apropiación, gestión, organización y dirección de recursos y procesos sociales y políticos.

En resumen, la participación con motivación ideológica es la politización de los diferentes tipos de escasez o precarización social, de la que emana una acción colectiva participante que desborda los espacios institucionales estatales para crear nuevas realidades.

Por el contrario, los nuevos derechos de participación concebidos como derechos constitucionales tienen una motivación técnica. Aquí los mecanismos participativos se conciben, básicamente, como técnica de corrección frente a las desviaciones de la democracia representativa. Se trata de elementos técnicos correctores capaces de revitalizar los desgastados esquemas del modelo liberal-representativo (Garrorena, 1977, p. 88).

### **1.2 Las fases de las políticas públicas en que opera la participación: decisión e implementación**

Los mecanismos de participación toman la forma de derechos constitucionales cuando sirven para “completar” o “perfeccionar” una decisión tramitada e imple-

mentada por el Estado. La participación abarca aquí, por tanto, la fase decisoria pero no la de implementación de políticas públicas que se considera algo despolitizado propio del ámbito técnico-administrativo. Aquí la creación de bienestar viene de arriba, el Estado es el sujeto emisor de políticas públicas y la estructura social el objeto de las mismas<sup>4</sup>.

Por el contrario, cuando la participación opera como derecho constituyente, la construcción social del Estado no se hace bajo la responsabilidad solitaria del aparato estatal, sino a partir de la generación de una estructura social activa, deliberativa y comunitaria que opera como espacio colectivo de construcción, implementación y autogestión de las políticas de bienestar (Palacios, 2008, p. 53).

### 1.3 Las consecuencias en la organización y conformación social

No cabe duda que cuando en la historia reciente de América Latina se ha producido una des-identificación de la política con las instituciones del Estado y su re-identificación con la acción colectiva de los movimientos sociales y la sociedad civil organizada, han resultado inevitablemente procesos de transformación. Ello es así puesto que las formas y los lugares de la política se han constituido siempre en estrecha relación a las formas de redistribución de los recursos económicos y materiales. Mientras que los lugares tradicionales de la política (instituciones del Estado) y sus sujetos (partidos políticos institucionalizados), han sido siempre la forma que articula la producción y reproducción del *statu quo*; los lugares “salvajes” de la política (espacios de autoorganización ciudadana) y sus sujetos (movimientos sociales y sociedad civil organizada) son, en cambio, la forma que problematiza la reproducción del *statu quo*, y la transforma (Tapia, 2008, pp. 53-69).

Cuando los mecanismos de democracia participativa tienen una motivación técnica y operan solo en la fase decisoria pero no en la de implementación de políticas, la consecuencia que se produce no es nunca una des-identificación de la política con las instituciones del Estado y su re-identificación con la acción colectiva sino más bien, una reproducción de lo contrario: la subsunción de los mecanismos participativos en la mecánica del Estado (De Vega, 1985, p. 11). Así pues, la consecuencia de esta concepción organicista de los instrumentos participativos no es la autonomización de la política del aparato de Estado sino su fortalecimiento, lo

---

4 Esta visión propia del constitucionalismo social europeo de posguerra parte, utilizando dos conceptos creados por Forsthoﬀ (1938), de una concepción del Estado como servidor de la idea de *Daseinsvorsorge* y, por tanto, la configuración de la Administración pública como una *leistende Verwaltung*. Ambos conceptos sirven para hacer referencia a la función de procura existencial de los ciudadanos desde y por la Administración pública en una relación de arriba abajo (ver Martín-Retortillo, 1962, pp. 35-65).

que ratifica la condición de los derechos de participación como derechos constitucionales pero no constituyentes.

A la inversa, cuando los mecanismos participativos tienen una motivación ideológica y operan en la fase decisoria pero también en la fase de implementación desde la autonomía y la acción comunitaria autogestionada, las consecuencias que se producen son totalmente distintas, dándose aquí: a) una reordenación del espacio público participativo en el contexto de las nuevas formas de organización y participación social de las que emergen nuevas concepciones del sujeto de referencia en la vida pública; b) la construcción de una acción colectiva comunitaria que saca la implementación de políticas públicas del restringido ámbito de actuación de técnicos y profesionales y lo pasa a la deliberación y práctica popular; y c) la aceptación como fuente generadora de normatividad de nuevas prácticas sociales infra-estatales propias de los movimientos sociales que conlleva la redefinición de la ordenación práctico-procedimental de las relaciones entre unos y otros, sobre la base de una nueva acción política comunitaria y autogestionada.

Parece claro pues, que una participación colectiva energizada con motivaciones ideológicas, operativa en la fase decisoria e implementadora de las políticas públicas y programas sociales y transformadora de la organización y conformación social, no se configura como un simple derecho más, sino como la clave de bóveda de la que emana el ejercicio universal en plenas condiciones de igualdad de los demás derechos y la creación de nuevos patrones de interacción social y económica. En este sentido, los nuevos derechos de participación rompen la indistinción Estado-gobierno y se configurarían como auténticos *derechos constituyentes*.

## **2. La voluntad constituyente en los recientes procesos latinoamericanos: la constitución ecuatoriana y la participación como derecho constituyente**

Como hemos explicado hasta aquí, la constitucionalización de la participación en los recientes textos constitucionales de la zona andina de América Latina podría haberse hecho de maneras distintas.

Sin duda, una forma hubiese podido ser un reconocimiento de mecanismos de democracia participativa que no rompieran con el sujeto universalizado de referencia en el constitucionalismo liberal: el individuo como unidad libre y autónoma; concibiendo la participación como la simple posibilidad de incorporar los intereses propios de los ciudadanos a la decisión de los poderes públicos estatales, sin la acción mediadora de los partidos políticos. No obstante, tanto por la experiencia

vivida en el propio desarrollo de las Asambleas Constituyentes, como de la lectura de las constituciones resultantes, se evidencia que la voluntad constituyente en estos países iba mucho más allá de esta concepción.

A lo largo del texto, las nuevas constituciones latinoamericanas, pero más en particular las recientes de Venezuela, Ecuador y Bolivia, subjetivizan y empoderan a una multitud y plural variedad de sujetos colectivos formales e informales<sup>5</sup>, descentralizando incluso en ellos distintas competencias de decisión e implementación que tradicionalmente han correspondido al Estado y adaptando la estructura económica y productiva a la organización de lo colectivo<sup>6</sup>.

En el caso ecuatoriano ello se evidencia mediante el reconocimiento genérico de la participación “en forma individual y colectiva” en el art. 95 de la Constitución, así como dentro del Título IV (Participación y organización del poder) capítulo primero (Participación en democracia), que incluye una sección segunda denominada “organización colectiva” donde se dice que: “se reconocen todas las

- 
- 5 El art. 26. I de la Constitución boliviana de 2009 dice: “Todas las ciudadanas y los ciudadanos tienen derecho a participar libremente en la formación, ejercicio y control del poder político, directamente o por medio de sus representantes, y de manera individual o colectiva”. Este artículo es desarrollado por la Ley No. 341 de participación y control social, de 5 de febrero de 2013, que en su art. 6 señala como sujeto principal de la participación y el control social a la “sociedad civil organizada”, en el interior de la cual identifica, el art. 7, los siguientes tipos de actores: “1. Orgánicos. Son aquellos que corresponden a sectores sociales, juntas vecinales y/o sindicales organizados, reconocidos legalmente; 2. Comunitarios. Son aquellos que corresponden a las naciones y pueblos indígenas originarios campesinos, las comunidades interculturales y afrobolivianas, y todas las reconocidas por la Constitución Política del Estado, que tienen su propia organización; y, 3. Circunstanciales. Son aquellos que se organizan para un fin determinado, y que cuando el objetivo ha sido alcanzado, dejan de existir”. El texto constitucional venezolano de 1999 articula también la participación en lo que en varios de sus artículos denomina “sociedad civil organizada” o “comunidad organizada” (arts. 84, 166, 182, 185, 293.6, etc.), refiriéndose a las organizaciones sindicales (art. 95), asociaciones de carácter social y participativo como las cooperativas, cajas de ahorro, mutuales y otras formas asociativas (art. 118), organizaciones vecinales (art. 182), organizaciones no gubernamentales (art. 184.2), organizaciones indígenas (art. 119) y un largo etcétera. Además, la Constitución de Venezuela (arts. 173 y 184.6) establece el mandato al legislador de crear nuevos sujetos de la descentralización a nivel de las juntas parroquiales, los barrios, las vecindades y las organizaciones inframunicipales que se creen en ejercicio de la libre autoorganización vecinal, así como la creación de organizaciones, cooperativas y empresas comunales (art. 184.5).
- 6 En el caso venezolano, por ejemplo, el art. 70 de la Constitución dice que “son medios de participación y protagonismo del pueblo en ejercicio de su soberanía, en lo social y económico: las instancias de atención ciudadana, la autogestión, la cogestión, las cooperativas en todas sus formas incluyendo las de carácter financiero, las cajas de ahorro, la empresa comunitaria y demás formas asociativas guiadas por los valores de la mutua cooperación y la solidaridad”. A la vez, el art. 184 prevé que la ley reguladora del nivel municipal deberá promover la transferencia a la sociedad civil organizada en sus múltiples y plurales formas de competencias en materias tan diversas como salud, educación, vivienda, deporte, cultura, programas sociales, ambiente, prevención y protección vecinal, construcción de obras y prestación de servicios públicos, así como su participación en la formulación de propuestas de inversión. En consecuencia, las competencias no se descentralizan a la estructura estatal descentralizada, sino directamente al pueblo para su autoorganización y autogestión. Se establece, por tanto, en el texto constitucional, las bases de un proceso mediante el cual las competencias estatales y el mercado son absorbidas por la organización colectiva comunitaria y autogestionaria.

formas de organización de la sociedad, como expresión de la soberanía popular para desarrollar procesos de autodeterminación e incidir en las decisiones y políticas públicas y en el control social de todos los niveles de gobierno”.

A la vez, esta subjetivación de la sociedad civil organizada va acompañada de una descentralización hacia ella de competencias políticas para su implementación y autogestión, lo que se plasma entre otros aspectos en la adaptación de la estructura económica y productiva a la organización de lo colectivo. Dentro de la sección primera (Formas de organización de la producción y su gestión), del capítulo sexto, del Título VI de la Constitución ecuatoriana, el art. 319 reconoce como formas de organización de la producción en la economía a las comunitarias, cooperativas, empresariales públicas o privadas, asociativas, familiares, domésticas, autónomas y mixtas, estableciendo el mandato de “promover” aquellas formas de producción que garanticen el “buen vivir” de la población y “desincentivar” las otras. Teniendo en cuenta que el “buen vivir” o “Sumak Kawsay” es un concepto de origen quichua que apela a cómo los seres humanos deben darse un sistema de convivencia basado en una relación de respeto y armonía con la naturaleza y en la gestión colectiva y comunitaria de los asuntos públicos, la Constitución fija el mandato al Estado de adaptar la estructura económica y productiva a las formas colectivas de organización (cooperativas, comunitarias, etc.). Ello viene reforzado por el siguiente artículo (art. 320) que dice que “en las diversas formas de organización de los procesos de producción se estimulará una gestión participativa, transparente y eficiente”.

En resumen, podemos concluir que siendo conscientes de la naturaleza claramente crítica y transformadora de los principales sujetos colectivos participantes de la región, el mandato constituyente de convertir a éstos en los agentes protagónicos de la participación, iniciando un proceso progresivo de sustitución de los poderes públicos y las formas de organización de lo económico-productivo tradicionales, basadas en la propiedad (pública o privada) por los sujetos colectivos participantes y sus formas comunitarias de organización en el desempeño de las competencias, pone de manifiesto una clara voluntad del constituyente de hacer de la participación, no un complemento de lo liberal-representativo, sino el principal instrumento de construcción de una nueva sociedad. De ahí que podamos afirmar que la voluntad de los constituyentes en el marco del nuevo constitucionalismo latinoamericano, también del ecuatoriano de 2008, fuera conformar los nuevos derechos de participación como derechos constituyentes.

### **3. El vaciamiento del carácter constituyente de la participación en Ecuador**

A pesar de este reconocimientos constitucional, pasados siete años desde la entrada en vigor de la nueva constitución, ha crecido el escepticismo respecto de estos nuevos derechos y mecanismos de participación, y se han levantado muchas críticas y dudas en torno a que tales derechos se hayan constituido realmente como “derechos constituyentes” como parece desprenderse de la voluntad del constituyente, pues por la forma en que han acabado siendo incluidos en el sistema, no han supuesto realmente una transformación del sistema representativo como eje de la democracia.

A continuación nos detendremos en la existencia de limitaciones políticas, culturales, jurisprudenciales, etc. aún no superadas, que prácticamente consolidan un vaciamiento del carácter constituyente de los nuevos derechos de participación y refuerzan su naturaleza de derechos constitucionales.

#### **3.1 Un paradigma participativo de tendencia centralista**

A grandes rasgos, podríamos decir que un modelo participativo es de tendencia centralista cuando se verifiquen en él algunos de los siguientes aspectos:

1. Cuando los temas de debate y participación son temas generados en el nivel central atendiendo a sus intereses, aunque operen en nombre de un interés general. Es decir, los asuntos de discusión y participación parten de los intereses y metas del Gobierno central. Esto en correlación con que se atiendan menos o se esquiven aquellos debates y procesos participativos acerca de temas o asuntos que tienen sentido y trascendencia para la experiencia colectiva diferente a la agenda convocada por el Gobierno.
2. Si se trata de un proceso orientado por el Gobierno central que pone todas sus instituciones y medios de difusión social, a todos los niveles, para asegurar una homogeneidad propagandística y comunicativa.
3. Cuando el proceso participativo se enfoca no como un proceso de reflexión, discusión y deliberación sobre el asunto de discusión, señalando los argumentos en contra y a favor de cada una de las opciones a elegir, sino como una prueba más para demostrar el apoyo popular masivo al proyecto de un régimen frente a los “enemigos externos”. Por ejemplo, si se produce una intensa personalización en el planteamiento de una consulta o debate, capaz de desvirtuar su sentido y aun su propia literalidad para transformarlo en una mera ratificación de confianza al Presidente o al Gobierno. El tema consultado queda en un

segundo plano mientras el “no” queda simplificado y convertido en un “no al régimen”.

No es imprescindible que todos estos elementos se den a la vez para que un proceso participativo pueda ser visto como uno que en cierta medida acusa una tendencia centralista, pero es obvio que cuantos más de ellos se den, más carácter centralista adquirirá la participación.

Un análisis de las experiencias de consultas populares celebradas en Ecuador desde 2008 en adelante, permite detectar la existencia de ciertos indicadores que otorgan a la participación en este ámbito una tendencia centralista.

Se han producido en los últimos años diversas consultas impulsadas desde arriba por el Gobierno, con una fuerte implicación personal del propio Presidente de la República en algunas de ellas, como la consulta a la reforma constitucional de 2011, a la vez que han sido rechazadas aquellas consultas impulsadas desde abajo por sectores y organizaciones sociales, en especial en el ámbito ambiental, las cuales producto de la polarización política, en caso de su ratificación popular, probablemente podrían haber impugnado el modelo de desarrollo elegido por el Gobierno, obligándole a cambiar de rumbo. Detengámonos en algunos casos relevantes de consultas activadas desde arriba y desde abajo.

Desde la entrada en vigor de la Constitución, se han impulsado distintas consultas populares desde el poder Ejecutivo o poderes públicos, algunas de alcance local<sup>7</sup> y otras de alcance general.

La única gran consulta popular de alcance general que ha tenido lugar en el país desde 2008, fue impulsada por el Ejecutivo y tuvo que ver con la reforma constitucional de 2011, introduciendo, en función de su proyecto político, entre otras, importantes modificaciones destinadas a satisfacer determinados planteamientos con relación, sobre todo, a la reorganización del Poder Judicial<sup>8</sup>.

7 A nivel local podemos mencionar por ejemplo, al Decreto Ejecutivo No. 946, de 28 de noviembre de 2011, por el que el Presidente de la República dispone al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular en el Cantón de La Concordia. Esta consulta que se llevó a cabo el 5 de febrero de 2012, perseguía preguntar a los ciudadanos de este Cantón sobre su voluntad de continuar formando parte de la provincia de Esmeraldas o pasar a ser parte de la provincia de Santo Domingo de Tsáchilas. Otro ejemplo es la resolución de la Corte Constitucional, de 11 de diciembre de 2008, ordenando al municipio de Quito que solicitara al órgano electoral la convocatoria de consulta popular en la comunidad indígena de Caspigasi del Carmen para consultar a los miembros de la misma si querían pertenecer a la parroquia de Calacali o a la de San Antonio de Pichincha, consulta que se realizó casi 3 años más tarde, el 27 de noviembre de 2011.

8 El 17 de enero de 2011, de acuerdo con el art. 441 CRE y el art. 100 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el Presidente de la República, mediante oficio No. 5715-SNJ-11-55, presentó ante la Corte Constitucional el pedido de dictamen para proceder a la convocatoria de un referéndum y una Consulta Popular a fin de enmendar la Constitución de la República. La Corte emitió los

Uno de los aspectos de la reforma que ciertamente causó mayor polémica fueron la cuarta y quinta pregunta del referéndum, donde se proponía sustituir el Pleno del Consejo de la Judicatura por un Consejo de la Judicatura de Transición, conformado por tres miembros designados, uno por el Ejecutivo, uno por el Legislativo (con mayoría del partido de gobierno) y uno por la Función de Transparencia y Control Social, para que en el plazo improrrogable de 18 meses, ejerza las competencias del Consejo de la Judicatura y “reestructure” la Función Judicial. Asimismo, la pregunta quinta planteó una reforma sobre la composición final del Consejo de Judicatura.

En este sentido, podría decirse que la activación desde el Ejecutivo de un referéndum que permitiría en el plazo 18 meses “reestructurar” la Función Judicial y en el proceso, ganar influencia en la composición de su órgano de gobierno, expresa más allá del importante pronunciamiento popular, la voluntad de un poder central para modificar un acto que fortalece su proyecto político y que no obstante, sin esa intervención ciudadana, no existiría como acto jurídico.

Por otro lado, otras iniciativas de consulta popular que han sido reivindicadas y activadas desde organizaciones sociales críticas con la gestión política del gobierno, en especial en el ámbito medioambiental, han experimentado obstáculos. Ejemplos de ellos son:

1. El proceso de consulta comunitaria en Tarqui y Victoria del Portete, el 2 de octubre de 2011, no reconocido por el Gobierno, en este caso, el 18 de abril de 2008, la Asamblea Constituyente ecuatoriana aprobó el Mandato Constituyente No. 6, conocido como el Mandato Minero, en cuyo art. 3 se declaraba la extinción sin compensación económica alguna de las concesiones mineras que afectasen nacimientos y fuentes de agua. Sin embargo, el 27 de enero de 2009, la Asamblea Nacional aprobó, sin consulta previa, la Ley de Minería la cual entraría en contradicción, en este aspecto, con el citado mandato (Pérez, 2012, pp. 148-151). A raíz de ello, se llevaron a cabo en provincias como el Azuay, movilizaciones contra esta ley y el entonces proyecto de Ley de Recursos hídricos, con base en dos reivindicaciones principales: la prohibición de la minería en nacimientos y fuentes de agua; y el derecho de consulta previa libre e informada de acuerdo con la normativa constitucional e internacional (pp. 156-158). Ante la actitud reactiva del gobierno, la organización de Usuarios del Sistema de Agua Comunitaria de Tarqui y Victoria del Portete de la provincia del Azuay, decidió convocar unilateralmente

---

dictámenes Nos. 001-11-DRC-CC y 001-DCP-CC-2011 de 15 de febrero de 2011, declarando la constitucionalidad formal condicionada a la modificación del redactado de algunas preguntas del referéndum y la consulta. A continuación y mediante Decreto Ejecutivo 669 con fecha 21 de febrero de 2011, el Presidente de la República dispuso al Consejo Nacional Electoral a que convocara a un referéndum de cinco preguntas y consulta popular de cinco preguntas más (Pueden verse las preguntas en: <file:///C:/Users/USER/Desktop/documentos%20bajados/convocatoria-pdf.pdf>).

a una consulta popular comunitaria para que los ciudadanos se pronunciaran sobre la explotación minera en el páramo de Quimsacocha. La consulta realizada el 2 de octubre de 2011 con una alta participación, no fue reconocida por el Gobierno (Carrión, 2012, p. 46).

2. La Sentencia 001-10-SIN-CC de la Corte Constitucional para el periodo de Transición sobre el caso de la consulta pre-legislativa en la Ley de Minería. En este caso, concedores de la oposición a la citada Ley de Minerías de las organizaciones indígenas y de los potenciales resultados de una consulta pre-legislativa, el Gobierno rehuyó durante la tramitación y aprobación de la ley la realización de la misma. Frente a ello, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (CONAIE) y la Asociación de Sistemas Comunitarios de Aguas de las parroquias Tarqui y otras de la provincia del Azuay presentaron, el 17 y 31 de marzo de 2009 una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional cuestionando, entre otros aspectos, la vulneración del derecho a la consulta pre-legislativa a pueblos y nacionalidades indígenas (derecho garantizado en el art. 6 del Convenio 169 de la OIT, el art. 19 de la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas y el art. 57.17 de la Constitución), por cuanto las actividades mineras concesionadas o a concesionar se encontraban dentro de sus territorios. Mediante la Sentencia 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo de 2010, la Corte Constitucional hace una “pirueta política” para no tener que declarar la inconstitucionalidad de la ley evitando así el enfrentamiento con el Ejecutivo. Algunos de los argumentos que la Corte usa son, por ejemplo que, en circunstancias de institucionalidad regular y ordinaria, la consulta pre-legislativa constituye un requisito previo *sine qua non* que condiciona la constitucionalidad de cualquier medida legislativa que pudiera afectar cualquiera de los derechos colectivos de las comunidades, pueblos y nacionalidades del Ecuador. No obstante, señala, el hecho de que la adopción de la Ley de Minería se produjera en una coyuntura excepcional como dice ser los meses siguientes a la entrada en vigor de la nueva Constitución, donde el país atravesaba un proceso de transición y cambios en la estructura institucional, y en el que la promulgación de una serie de leyes había de someterse a los plazos previstos en las disposiciones transitorias de la Constitución; hace que la no convocatoria de la consulta pre-legislativa quede excusada.

3. El episodio del no reconocimiento de firmas por parte de las instancias electorales, en relación con la incómoda solicitud para el gobierno de consulta sobre la explotación petrolera del Parque Nacional Yasuní. El art. 407 de la Constitución dice:

Se prohíbe la actividad extractiva de recursos no renovables en las áreas protegidas y en zonas declaradas como intangibles, incluida la explotación forestal. Excepcionalmente dichos recursos se podrán explotar a petición fundamentada de la Presidencia de la

República y previa declaratoria de interés nacional por parte de la Asamblea Nacional que, de estimarlo conveniente, podrá convocar a consulta popular.

Ante ello, en el 2013, el Presidente de la República solicitó que la Asamblea Nacional declarara de interés nacional conforme al citado artículo, un proyecto de ampliación de la explotación petrolera de los bloques 31 y 43, este último dentro del Parque Nacional Yasuní, ubicado en las provincias de Pastaza, y Orellana entre el río Napo y el río Curaray en plena cuenca amazónica, sin creer necesario convocar ninguna consulta popular. Frente a ello, el 18 de agosto de 2013, nació el Colectivo Yasunidos, integrado por una pluralidad de personas, colectivos y organizaciones, que promovió que la decisión del Gobierno fuera sometida a consulta popular.

De acuerdo con el inciso cuarto del art. 104 de la Constitución, cuando la consulta sea de carácter nacional, el petitorio debe contar con el respaldo de un número no inferior al 5% de personas inscritas en el registro electoral. El Colectivo Yasunidos presentó un número de firmas superior al exigido, aunque gran parte de las mismas no fueron reconocidas por el Consejo Nacional Electoral. A partir de aquí se inicia un conjunto de acusaciones, denuncias cruzadas y apelaciones entre el Colectivo y los organismos estatales sin resultados para el colectivo. Más allá del número concreto de firmas válidas y no válidas, resulta evidente que esta consulta impulsada desde los movimientos sociales resultaba incomoda al Gobierno y que desde los órganos estatales se han utilizado todos los resquicios legales posibles para evitarla, lo que pone de manifiesto una vez más lo que hemos denominado como tendencia centralista del paradigma de participación en el país.

### **3.2 Cultura jurídica positivista y burocratización de los procesos participativos**

Otro de los elementos limitantes de algunos de los derechos de participación son la presencia de una cultura jurídica positivista en las instancias del poder político y las judiciales, así como la burocratización de los procesos participativos. Veremos en tal sentido, cómo el positivismo jurídico actúa claramente como un limitante de la acción colectiva participativa, por ejemplo, en el caso del derecho a la resistencia del Art. 98 de la Constitución; y los objetivos y consecuencias que hay detrás de la burocratización de los procesos participativos.

#### **3.2.1 Positivism jurídico y limitación de la acción colectiva participante mediante el derecho de resistencia del art. 98 de la Constitución.**

La aceptación jurídica del derecho a la resistencia o del “derecho a desobedecer el derecho” se ha planteado históricamente, como irrealizable en el interior de la forma

“Estado de derecho” basada en el “imperio de la ley”; en este sentido, mientras el constitucionalismo se entendió como garantía jurídica de unos derechos naturales contra el absolutismo o como un medio de limitar el poder, el derecho a la resistencia fue aceptable en términos jurídicos. En el momento en que el constitucionalismo y, principalmente, la ley se convirtieron en la única y fundamental fuente del derecho, la doctrina de la resistencia empezó a perder importancia y aceptación en términos jurídicos. El imperio de la ley como nueva fuente jurídica por excelencia, elimina la separación entre lo legítimo y lo legal tan fundamental para el derecho a la resistencia, y da lugar a la idea de que todos aquellos comportamientos que se aparten de lo jurídicamente regulado y permitido, no solo no tienen la categoría de “legitimidad” ni de “juridicidad”, son no-legítimos y no-jurídicos, sino que además, pasan a ser delito, usurpaciones de funciones o sistemas normativos anti-jurídicos y por tanto, perseguibles mediante la violencia legítima del Estado (Bilbeny, 1989, pp. 23-31; Schwarz, 1964, pp. 126-134; Carpintero Benítez, 1990, pp. 404 y ss.).

Frente a ello, la Constitución ecuatoriana de 2008 reconoce el derecho a la resistencia e intenta salvar tal contradicción incorporándolo al interior de una nueva forma de Estado (el Estado Constitucional de derechos y justicia) que, partiendo de la teoría neoconstitucionalista, quiere superar el viejo Estado de derecho y el imperio de la ley, lo que abre, por primera vez en la historia, posibilidades de que la resistencia pueda ser eficaz y justiciable en forma repetida en el interior de un Estado políticamente estable, como cualquier otro derecho subjetivo. Sin embargo, la incapacidad de superar una fuerte cultura jurídica positivista por parte de los poderes públicos, ha terminado imposibilitado esta armonización y limitando el derecho a la resistencia a poco más que un mero reconocimiento simbólico. Desarrollemos este razonamiento.

Las formas de Estado han evolucionado en el constitucionalismo europeo desde su creación, pasando del inicial “Estado legislativo de derecho” al “Estado constitucional de derecho”. Con el paso del “Estado legislativo de derecho” al “Estado Constitucional de derecho” se dan transformaciones importantes en el campo de las fuentes del derecho y en la propia naturaleza de la Constitución. La Constitución reemplaza a la ley en la cúspide del ordenamiento y del sistema de fuentes.

Sin embargo, si bien este reemplazo de la ley por la Constitución como fuente principal de derecho opera indiscutiblemente para los poderes públicos, nos encontramos en la práctica, ya sea por el alto nivel de indeterminación de algunas reglas constitucionales o por la falta de aplicabilidad directa de algunas partes de la Constitución, que no opera en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria

que continuará estando subordinada al imperio de la ley ordinaria. Un ejemplo claro de ello es la cuestión de la justiciabilidad de los derechos sociales en España<sup>9</sup>.

En consecuencia, la eficacia indirecta de partes importantes de la Constitución que afectan a materias en relación a las cuales se dan a menudo episodios de movilización y resistencia popular (como son los derechos sociales), implica que la Constitución, como fuente jurídica suprema, solo obliga en estas directamente al legislador que se verá obligado a acomodar el contenido de sus leyes a la Constitución, siendo estas objeto de control de constitucionalidad, de tal suerte que la Constitución solo estará presente en la vida jurídica por mediación del legislador y del órgano que lleve a cabo el control de constitucionalidad (Montaña, 2012, p. 26), pero no en la relación de los ciudadanos con la justicia ordinaria que continuará estando mediada por la ley ordinaria.

En la línea anotada, si bien algunos autores han afirmado que en el caso español, el reconocimiento, en determinados casos, de la eficacia directa del derecho a la libertad de conciencia podría servir para eximir a los ciudadanos del cumplimiento de determinadas obligaciones independientemente de lo que establezca la ley, esta afirmación queda cuestionada por la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, de 11 de febrero de 2009 (rec. 905/2008), en la que afirma que no existe un derecho constitucional general a la objeción de conciencia, ni siquiera como proyección del artículo 16 de la Constitución, porque este encuentra su límite en la Ley. A mayor abundamiento, el Tribunal Supremo opone a la objeción de conciencia el artículo 9.1 de la Constitución y afirma que lo contrario supondría hacer depender las normas de su conformidad a cada conciencia individual. Solo la objeción de conciencia a la prestación del servicio militar se reconoce en la

---

9 En materia de derechos sociales, la Constitución española (CE) de 1978 incorpora la mayoría de los derechos sociales clásicos, sin embargo parte de la idea de que éstos no son “derechos”, sino que son otro tipo de normas legales, concretamente, principios o directrices para guiar las políticas sociales, precisamente por ello los ubica (a excepción del derecho a la educación del art. 27 CE) dentro del capítulo “Principios rectores de la política social y económica” (arts. 39 al 52). Asimismo tampoco les otorga aplicabilidad directa, sino que de acuerdo con el art. 53.3 CE son principios de libre configuración legislativa, quedando su justiciabilidad condicionada a su desarrollo legislativo. Ello hace que las disposiciones referidas a los derechos sociales que la Constitución contiene, en tanto principios de políticas públicas de libre configuración legislativa, son mandatos normativos dirigidos al legislador, por tanto, solo afectará a los demás órganos del Estado y a los particulares en la medida en que sus preceptos hayan sido desarrollados mediante una ley. Prueba de ello es que en aquellas ocasiones en que se procede a la justiciabilidad directa de derechos sociales, que efectivamente también las hay, se hace indirectamente por la vía de relacionarlos o considerarlos parte de otros derechos fundamentales, pero no mediante su aplicación directa dada la dificultad de derivar *ex constitutione* una justiciabilidad absoluta e incondicional de todo el contenido de estos derechos. Valga como ejemplo, la protección en repetidas ocasiones del derecho a la salud del art. 43 CE por la vía de vincularlo o considerarlo parte del derecho a la vida y la integridad física del art. 15 CE (SSTC 119/2001, 5/2002, 62/2007, 160/2007 o 37/2011).

Constitución, de forma que, cualquier otro reconocimiento dependerá de la estricta voluntad del legislador.

Además, autores como Biondo (2012), han presentado recientemente una crítica frente a toda una tradición teórica jurídica que habría insistido en ubicar la resistencia o la desobediencia civil bajo el rótulo de derecho subjetivo de la libertad de conciencia. A diferencia de la libertad de conciencia, la resistencia, señalan estos autores, no puede entenderse como una opción íntima, privativa, específica del sujeto que en nombre de la conciencia individual que, en el marco de una visión atomista de la sociedad y del sujeto individual, esgrime un derecho (en el terreno jurídico) o deber (en el campo moral) a desobedecer esta, esa o aquella norma. La resistencia debe entenderse como una suerte de virtud del ciudadano comprometido, concernido al menos, con las normas que le rodean, así como una acción colectiva.

De acuerdo con el art. 53.3 CE un ciudadano no puede exigir directamente por vía judicial un derecho social, aunque aparezca en la Constitución, si no existe una ley ordinaria que lo desarrolle.

El hecho de que la relación ciudadanos-justicia ordinaria en materia de justiciabilidad de derechos sociales no esté regida por una aplicabilidad directa de la Constitución, sino mediada todavía por la ley ordinaria como fuente jurídica principal de aplicación, tiene como consecuencia que cualquier reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia que pueda darse, solo tendrá en la práctica un significado retórico. La auto-ejecutabilidad de derechos sociales, por la vía de la resistencia y vulnerando la ley (el Código penal, por ejemplo), solo podría justificarse judicialmente por la vía de la aplicación directa de derechos sociales constitucionales, pero nunca en el marco de una relación donde la ley ordinaria continua siendo la fuente jurídica principal.

Consciente de ello, el constituyente ecuatoriano lleva a cabo una transformación de la forma de Estado que no solo se plasma en la propia denominación del mismo en el art. 1, en el que, a diferencia de la vieja fórmula “Estado social de derecho” utilizada en Europa, define el Estado con los adjetivos de “Estado Constitucional de derechos y justicia”, sino también, en la transformación de la naturaleza de los derechos sociales constitucionales y el tratamiento general de los derechos y sus garantías. Esta nueva forma de Estado persigue dos objetivos:

El primero es desplazar, también en materia de justiciabilidad de derechos sociales, a la ley como fuente del derecho por excelencia y convertir la Constitución en una norma suficientemente completa para poder valer como regla para casos concretos, debiendo ser utilizada directamente por todos los sujetos del ordenamiento jurídico, ya sean los jueces, la administración pública o los particulares. Como

señala Zagrebelsky (1995), la primera de las grandes tareas de las constituciones contemporáneas consiste en distinguir claramente entre ley, como regla establecida por el legislador, y los derechos como pretensiones subjetivas absolutas, válidas por sí mismas con independencia de la ley.

Y, el segundo, convertir a los derechos en el principal centro de atención del texto constitucional, debiéndose considerar como el centro axiológico de la Constitución, como una fuerza expansiva que inunda, impregna o irradia el conjunto del sistema. Ello significa que éstos deben leerse como el núcleo criteriológico de interpretación y aplicación de toda la Constitución. La parte referida a los derechos no debe ser solo vista como un listado de derechos y garantías que disciplinan únicamente determinadas esferas públicas de relación entre individuos o de éstos y el poder, sino que debe verse también, como el conjunto de criterios para interpretar y aplicar el resto del articulado constitucional y que se hacen operativos en todo tipo de relaciones jurídicas.

Para conseguir estos objetivos el texto constitucional ecuatoriano de 2008 incluye los siguientes aspectos: Uno, un desarrollo largo y casi reglamentario de los derechos. La Constitución ecuatoriana tiene 444 artículos, lo cual evita la indeterminación y permite una completud que hace del texto constitucional un instrumento didáctico y normativo mediante el cual los ciudadanos pueden resolver casi todos los asuntos; y dos, el reconocimiento del principio de aplicabilidad directa e inmediata por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte, de todos los derechos que aparecen en la Constitución y en los tratados internacionales de Derechos Humanos (art. 11.3). Así como la imposibilidad de ninguna norma jurídica de poder restringir el contenido de los derechos ni de las garantías constitucionales (art. 11.4).

Todo ello tiene como consecuencia una desvalorización de la ley y un fortalecimiento del papel de la Constitución en el sistema de fuentes del derecho, lo que es de especial importancia en ámbitos en esencia conflictivos como el de los derechos sociales. La relación entre ciudadanos y justicia ordinaria ya no está mediada principalmente por la ley sino por la Constitución. Este carácter de la constitución como norma directamente aplicable por encima de la ley abre la posibilidad de que con base en la aplicación de la misma se pueda reconocer la legitimidad de la “desobediencia de leyes”, lo que resulta fundamental para la justiciabilidad del derecho a la resistencia. Con ello se rompe la concepción de la imposible justiciabilidad del derecho a la resistencia expresada por autores como Bobbio:

(...) jurídicamente el derecho de resistencia es un derecho secundario, del mismo modo que son normas secundarias las que procuran la protección de las primarias: es un derecho

secundario que interviene en un segundo momento, cuando se conculcan los derechos de libertad, de propiedad y de seguridad que son derechos primarios. (...) el derecho de resistencia interviene tutelando los otros derechos pero no puede a su vez ser tutelado y, por tanto, debe ejercerse por propia cuenta y riesgo (1991, p. 141).

En resumen, lo que hace la Constitución de 2008 es diseñar una nueva forma de Estado que permita la aceptación jurídica y eficacia del derecho a la resistencia, incluso cuando ello implique desobedecer leyes.

A pesar de ello, solo existe una sentencia en el país<sup>10</sup> que haya reconocido el derecho a la resistencia y se trata de un caso de resistencia individual. Ahora, junto a la figura del derecho de resistencia colectiva, es también posible encontrar la expresión derecho de resistencia calificada con el adjetivo “individual” o como “derecho de resistencia del particular”. Con esta expresión “derecho de resistencia individual”, se suele hacer referencia a la existencia de una facultad de las personas para poder resistir legítimamente ciertas actuaciones del poder público (Barile, 1984, pp. 452-457). A su vez, dentro de estas resistencias individuales legítimas, puede distinguirse entre aquellas resistencias originadas en un contexto de “relaciones de subordinación jerárquica”, y aquellas otras que se generan en el contexto de unas “relaciones de mera subordinación”, o de subordinación política de un particular respecto a los representantes del poder público (Queralt, 1986, pp. 71 y ss.).

Los casos de resistencia o movilizaciones de oposición a leyes y políticas estatales sobre el uso de recursos naturales y otras cuestiones, son contestadas por el gobierno y los jueces en la mayoría de casos con detenciones e imputación de cargos penales por hechos de motivación política<sup>11</sup>. Estos casos, y muchos otros, demuestran cómo a pesar del reconocimiento constitucional del derecho a la resistencia y del diseño de la nueva forma de Estado constitucional, continúa vigente en la cultura jurídica de los operadores generales del derecho (abogados, jueces, etc.) un positivismo legalista que impide la justiciabilidad del derecho a la resistencia.

Tanto desde el Estado como desde la judicatura, con frecuencia se olvida el potencial normativo garantista de los principios de aplicación e interpretación de los derechos establecidos en la Constitución y que establecen una clara separación entre derechos y ley. Frente a ello, al parecer se sigue considerando que justicia y ley son sinónimos, y se defiende una interpretación de las fuentes totalmente

10 Caso Luis Oswaldo Tamayo C. Rodrigo Ricaurte Marín, de 29 de septiembre de 2009, del juzgado vigésimo quinto de lo civil de Pichincha [Juicio No. 2009-1028 (Resp. Dr. Tapia Paul Andrés)].

11 Podemos referirnos aquí al informe de Amnistía Internacional, *Para que nadie reclame nada: ¿criminalización del derecho a la protesta en Ecuador?* donde se analizan siete casos, que afectaron a 24 dirigentes de comunidades y organizaciones indígenas, de manifestaciones que tuvieron lugar entre enero de 2009 y junio de 2010 contra los Proyectos de Ley de Minería y de Ley de Aguas.

dependiente de la voluntad del legislador (Montaña, 2012, pp. 96-99), que lleva a que los comportamientos de resistencia que desobedecen las normas penales o la Ley, deban considerarse anti-jurídicos y punibles.

Se produce por tanto en el país, un choque de culturas jurídicas, la nueva cultura del neoconstitucionalismo garantista establecido en la Constitución, frente a una vieja interpretación originalista y de omnipotencia de la ley, extendida todavía en el Poder político y judicial, que impide cualquier ejercicio de activismo jurisprudencial para la aceptación jurídica y justiciabilidad del derecho a la resistencia, pues no puede pasarse por alto que en última instancia, los encargados de aplicar y justiciabilizar los derechos son los jueces.

Resulta entonces evidente cómo la cultura jurídica positivista, viva entre los operadores de justicia y entre gran parte de la clase política del país, actúa como limitante del desarrollo de mecanismos constitucionales de participación como el derecho a la resistencia.

### **3.2.2 La burocratización de los procesos participativos**

A la vez que se excluyen las formas comunitarias de participación como vías problematizadoras del *statu quo* mediante las cuales los individuos o grupos sociales se relacionen entre sí, autoejecuten y autogestionen derechos sin la mediación del Estado, ubicando esta participación dentro del ámbito del derecho penal y, por tanto, tornándola perseguible mediante la violencia organizada del aparato estatal; el Estado desarrolla y estructura, paralelamente, una amplia legislación, institucionalidad y procedimentalización, encargadas de normativizar e implementar la participación dentro de los cauces de la racionalidad estatal.

Puede observarse que durante los últimos años y a raíz de la Constitución de 2008, se han emitido una gran cantidad de legislación que regulariza la participación, como la Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, de 9 de abril de 2009; la Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de 3 de septiembre de 2009; la Ley Orgánica de Participación Ciudadana, de 12 de abril de 2010; o la Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública (promulgada con anterioridad a la Constitución).

Adicionalmente, existen otras leyes que incluyen la participación, como por ejemplo, la Ley Orgánica de Educación Superior, de 6 de octubre de 2010, que integra la participación ciudadana, el control social y la generación de espacios de inclusión de la ciudadanía en la gestión de la educación superior. Además, se ha creado una nueva estructura institucional de la participación; a modo de ejemplo,

la Ley Orgánica del CPCCS establece como órgano superior de éste el Pleno del Consejo del que derivan diversas comisiones especializadas. Asimismo, crea la Secretaría Técnica de Participación y Control Social que se estructura a través de una Dirección Nacional de Promoción de la Participación, una Dirección Nacional de Control Social y una Dirección Nacional de Rendición de Cuentas; y la Secretaría Técnica de Transparencia y Lucha contra la Corrupción, que se estructura a través de una Dirección Nacional de Admisión y Orientación Jurídica, una Dirección Nacional de Transparencia, una Dirección Nacional de Investigación y una Dirección Nacional de Patrocinio. Estas instancias tienen también delegaciones provinciales.

Igualmente, se ha desarrollado un sinnúmero de reglamentaciones, guías, instructivos y formularios para implementar la participación. Entre otros aspectos, para la rendición de cuentas, el CPCCS emitió: la Resolución 007-259-CPCCS-2013 y la Resolución 08-271-2013; al año siguiente: la Resolución 004-293-CPCCS-2014 y la Resolución 005-320-CPCCS-2014; ha elaborado además, 11 guías especializadas para realizar la rendición de cuentas en las distintas instituciones del Estado, algunas de ellas con instructivo de aplicación complementario incluido, y existen 50 formularios distintos a rellenar para la rendición de cuentas, uno para cada uno del tipo de entidad.

En cuanto a las veedurías ciudadanas existe como referimos, el Reglamento General de Veedurías Ciudadanas, emitido mediante Resolución No. 014-015-2010-CPCCS de 1° de julio de 2010, decenas de resoluciones del CPCCS publicitando convocatorias a veedurías, formularios de inscripción para la conformación o para ser parte integrante de veedurías ciudadanas, etc.; existe también un Reglamento para el trámite de denuncias y pedidos sobre actos u omisiones que afecten la participación o generen corrupción (Resolución No. 005-242-CPCCS-2013 del CPCCS), un Reglamento de procedimientos para quejas o pedidos al CPCCS (Resolución No. 004-034-CPCCS-2010), un Reglamento de Comisiones Ciudadanas de Selección (Resolución 015-023-2010 CPCCS), etc.

El desarrollo específico de esta gran variedad de reglamentaciones e instrumentos administrativos para la implementación de la participación, está siendo el terreno propicio para la burocratización de los procesos participativos. La burocratización (Lefort, 1984; Lapassades, 1977; Oszlak, 1980, pp. 205-231), es el proceso mediante el cual se van depositando todos los mecanismos de participación en el poder de la norma, se tiende a una práctica participativa atada a disposiciones normativas y reglamentarias, plazos preestablecidos, formularios de inscripción o queja, criterios estandarizados de control, etc. La participación ciudadana se puede llevar a cabo aquí a partir de ciertas pautas preestablecidas. La institucionalidad estatal determina la modalidad de mecanismos de participación a través de reglamentos, formularios,

solicitudes, etc., asimismo fija los términos para dar curso a esa participación y su camino en la toma de decisiones.

De ello se deriva una importante consecuencia a la hora de determinar el carácter constituyente o constitucional de los derechos de participación. La participación se convierte en un mero procedimiento técnico desideologizado que pierde poder crítico frente al orden. Toda participación implica una interacción (problematizadora o no) entre sujetos y realidad. Con la burocratización de la participación se ejerce un control anticipado de esta interacción. Se constituye un sistema ideal de relaciones en el que sus distintos componentes se comportan según pautas y criterios previamente diseñados por el poder. A los actores se les asignan determinadas posiciones, recursos, roles, comportamientos y se les guía, a través del ejercicio del planificador estatal, hacia aquel destino antes especificado. Si la praxis participativa se mantiene dentro de estas pautas y criterios se presupone el éxito de la participación. Toda desviación, carencia u obstáculo, toda “anormalidad” ocurrida fuera de los márgenes de la “racionalidad” de los procesos participativos prefijados aparece, desde esta óptica, como un signo de patología que pretende sabotear la participación.

En consecuencia, la participación acaba siendo no la irrupción popular en el escenario político para la creación común de normas, sino la mera implementación del contenido de un conjunto de normas estatales. La burocratización de la participación proporciona un mecanismo de control social que permite regular en forma óptima la participación, fijando los límites de la misma e impidiendo que esta adquiera ningún carácter problematizador con el *statu quo*, en tanto que se produce un proceso de creciente expropiación, por parte de los organismos públicos especializados, de ámbitos de acción que deberían ser propios de la sociedad civil.

La burocratización de los procesos participativos es, en resumen, el medio de transformar la “acción comunitaria” participante y transformadora en una “acción societal” organizada racionalmente y de tendencia conservadora. De ahí que hablemos de la burocratización como uno de los elementos que vacía el carácter constituyente de los nuevos derechos de participación y los convierte en derechos constitucionales.

### **3.3 La interpretación restrictiva de los mecanismos participativos y su reforma constitucional por vía parlamentaria**

De acuerdo con el art. 443 CRE y el art. 100 de la LOGJCC, que señalan que será la Corte Constitucional la que en cada caso determinará qué procedimiento de reforma constitucional de los tres establecidos en la Constitución (“Asamblea

Constituyente” –art. 444 CRE–, “reforma parcial” –art. 442 CRE– o enmiendas constitucionales” –art. 441 CRE–) debe seguirse; el 26 de junio de 2014, la Presidenta de la Asamblea Nacional remitió un proyecto de 17 “enmiendas constitucionales” a la Corte Constitucional para que ésta calificara cuál de los dos procedimientos del art. 441 CRE es el que corresponde (caso N. 001-14-RC). Sobre esto y en relación al tema que aquí nos interesa (la participación), debemos detenernos en dos aspectos: uno el contenido de las “enmiendas constitucionales”, y otro, el procedimiento de aprobación de la reforma que se propone.

En primer lugar, respecto al contenido, el art. 2 del texto “Enmiendas a la Constitución de la República de Ecuador 2008”, presentado por la Asamblea Nacional a la Corte, proponen dos modificaciones del art. 104 de la Constitución relativo a la consulta popular. En concreto, se plantea:

- “Al final del inciso tercero (del art. 104 CRE), suprimase el signo gramatical punto y a continuación añádase la siguiente frase: “que sean de competencia del correspondiente nivel de gobierno”. Con ello se limita la consulta popular de los gobiernos autónomos descentralizados. Con la Constitución vigente los gobiernos autónomos podrían proponer consulta popular sobre “cualquier asunto de interés”, salvo lo dispuesto en el inciso sexto del mismo artículo que excluye expresamente dos temas: asuntos relativos a tributos o a la organización política administrativa del país. No obstante, la propuesta de reforma amplía la limitación a “asuntos de su competencia”.
- En el inciso cuarto suprimase la frase “sobre cualquier asunto”. Este inciso es el que trata sobre la consulta popular por iniciativa ciudadana. En este caso, también el inciso sexto del Art. 104 ya restringía la consulta ciudadana a cualquier asunto salvo los mencionados de tributos y de organización política y administrativa del país. Sin embargo, al eliminar las palabras “sobre cualquier asunto” del texto constitucional y por tanto, la amplitud de temas que pueden ser consultados por la ciudadanía se abre la puerta a una posible restricción mediante ley<sup>12</sup> o mediante interpretación discrecional por parte de la Corte Constitucional de este derecho.

Este desmontaje o regresividad de los nuevos derechos de participación no parece ir en la dirección de conformarlos como derechos constituyentes, sino más bien todo lo contrario.

En segundo lugar y en cuanto a la forma, la Asamblea Nacional propone tramitar la reforma mediante “enmienda constitucional” y por vía parlamentaria, sin

12 Referimos también que ya la LOPC limita indebidamente la posibilidad de consulta también a asuntos relativos a gasto público, Art. 21 LOPC.

participación popular. Ello resulta discutible, en tanto que es al menos cuestionable que la reforma del art. 104, no implique restringir el alcance de los derechos y garantías constitucionales.

El art. 95 CRE dice: “la participación de la ciudadanía en todos los asuntos de interés público es un derecho, que se ejercerá a través de los mecanismos de la democracia representativa, directa y comunitaria”. Además, la participación a través de la consulta popular es un derecho, tan importante como cualquier otro, pues la Constitución reconoce que todos los principios y los derechos son inalienables, irrenunciables, indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía (art. 11.6 CRE).

Teniendo claro que el derecho a la consulta es un derecho, ¿cuándo se produce una restricción del mismo? en la nota del art. 11 de las “Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el art. 19 del protocolo de San Salvador”, adoptadas por la Asamblea General de la OEA, el 7 de junio de 2005<sup>13</sup>, se define la regresividad de la siguiente manera: “por medidas regresivas se entiende todas aquellas disposiciones y políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel de goce o ejercicio de un derecho protegido”. Por tanto, para determinar que una norma es regresiva, es necesario compararla con la norma que esta ha modificado o sustituido, y evaluar si la norma posterior suprime, limita o restringe derechos o beneficios concedidos por la anterior (Curtis, 2006, p. 4). Ello abre el debate sobre si en este caso concreto hay o no restricción del derecho. Alineándose al lado de la posición oficialista la Corte Constitucional, en su dictamen, afirma que no, con lo cual ratifica y autoriza la opción de realizar la reforma constitucional sin necesidad de participación ciudadana.

Respecto a la primera propuesta de modificación, la del inciso 3° del art. 104 CRE, la Corte establece que el Capítulo IV (Régimen de competencias), del Título V de la Constitución, establece las competencias exclusivas para los diferentes niveles de gobiernos autónomos descentralizados (Regionales, provinciales, municipales, de los distritos municipales y parroquiales urbanos). Por ello, expresa la Corte, es lógico suponer que cuando el art. 104 inciso tercero se refiere a “temas de interés de su jurisdicción”, tiene relación con las competencias establecidas por la constitución, de modo que a su juicio, la modificación del texto constitucional, lo único que hace es precisar el sentido de dicha disposición normativa, pero sin que en realidad se esté produciendo ninguna modificación sustancial. De hecho, lo que se hace es “complementar” los principios establecidos por la Constitución sobre descentralización y “fortalecer” los gobiernos autónomos descentralizados. Dice la Corte:

---

13 Cf. Resolución AG/RES. 2074 (XXXV-0/05).

Entonces, modificar esta regla constitucional, añadiendo que estos temas de interés deben ser aquellos relacionados a su competencia de gobierno, complementa los principios establecidos por la Constitución sobre descentralización y fortalecimiento de los gobiernos autónomos descentralizados (previsto en el art. 1 CRE), dado que los asuntos sobre los cuales debe centrar su competencia son aquellos previstos en el régimen competencial dispuesto en la Constitución de la República, es decir, aquello que guarda relación con la eficiencia administrativa de los gobiernos autónomos descentralizados a enfocar su gestión en el régimen competencial, razón por la cual no se advierte en qué medida podría alterar ni la estructura fundamental, el carácter y elementos constitutivos del Estado; tampoco implica una afectación o restricción a los derechos y garantías establecidos en la Norma Suprema, pues esta pretensión se vincula de modo directo con aquella disposición constitucional que invoca el principio de legalidad en la actuación de las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúan en virtud de una potestad estatal, previsto en el art. 226 CRE (Corte Constitucional, Dictamen N°. 001-14-DCR-CC, Caso N° 0001-14-RC, 31 de octubre de 2014, p. 48).

Respecto a la segunda propuesta de modificación, la del inciso 4° del art. 104 CRE, la Corte establece que aunque la Constitución vigente reconozca en este inciso el derecho de la ciudadanía a convocar una consulta popular “sobre cualquier asunto”, en realidad, este no es un derecho ilimitado, sino limitado por el propio texto constitucional en otros artículos. Concretamente, el art. 135 CRE afirma: “Sólo la Presidenta o Presidente de la República podrá presentar proyectos de ley que creen, modifiquen o supriman impuestos, aumenten el gasto público o modifiquen la división político administrativa del país”. O, el ya referido inciso sexto del mismo art. 104 que dice: “Las consultas populares que soliciten (...) la ciudadanía no podrán referirse a asuntos relativos a tributos o a la organización político administrativa del país, salvo lo dispuesto en la Constitución”.

Así pues, dice la Corte, en tanto que ya existían estos límites y que el inciso 4° del art. 104 CRE, como cualquier otro, debe ser comprendido e interpretado a la luz de la integralidad del texto constitucional, la supresión de la frase “sobre cualquier asunto” del mismo no implica ninguna modificación ni restricción en el ejercicio del mismo que no estuviese ya contemplada. En consecuencia, señala la Corte, la propuesta de modificación del art. 104 CRE, procede que sea tramitada por enmienda constitucional, vía tramitación parlamentaria y sin participación popular, de conformidad con lo previsto en el art. 441.2 de la Constitución.

Como decíamos antes, y a pesar de la posición de la Corte ratificando la postura oficialista, es al menos discutible que tales reformas no impliquen una doble restricción del derecho de participación. Por un lado, puede argumentarse que la limitación de que las consultas populares que convoquen los gobiernos autónomos

descentralizados a asuntos de su competencia local, implica imponer restricciones a la participación amplia y diversa sobre los asuntos de interés social. Como señalan Acosta y Ávila en el Amicus Curiae presentado ante la Corte en el presente caso, con las normas vigentes, si se trata de la provincia de Orellana, el gobierno autónomo podría organizar una consulta sobre la explotación petrolera, con la propuesta, como el manejo de recursos naturales no es competencia del gobierno provincial, entonces no se podría organizar una consulta sobre el tema extractivo. Pero además, por otro lado, implica excluir del debate las muchas veces necesaria e inseparable interconexión entre las dificultades o problemas locales del territorio descentralizado con las políticas generales estatales. Ya que el tratamiento de un asunto local a partir de su relación directa con asuntos generales, es un tratamiento que queda fuera de competencia automáticamente. Todo ello lleva a que la participación queda circunscrita a asuntos de interés menor.

Pero incluso, independiente y al margen del debate sobre si con la reforma del Art. 104 CRE se da o no realmente una restricción de derecho a la consulta, lo cual es discutible, de la solicitud de la Asamblea Nacional y el dictamen de la Corte Constitucional podemos extraer dos conclusiones incuestionables:

La primera es que incluso llegando a aceptar la posición de la Corte de que con las enmiendas al art. 104 CRE no se modifica nada, sino que solo se concreta lo que ya existía en otros artículos del texto constitucional, podemos decir que lo que la Corte está haciendo aquí es cerrar la tensión o contradicción existente en la propia Constitución entre una interpretación ampliada de la participación (la del art. 104 incisos 3º y 4º) y una interpretación restringida de la misma [la de los arts. 135, 104 inciso 6º, o el Capítulo IV del Título V (Régimen de competencias)] en favor de la restrictiva, eliminando el margen de discrecionalidad de jueces que aprovechando los resquicios o potencialidades técnicas que ofrece el texto, pretendan hacer una interpretación expansiva y progresista del derecho de consulta.

La segunda, es que aunque la posibilidad de reforma constitucional sin participación ciudadana directa esté prevista en la Constitución, la decisión del gobierno y su ratificación por la Corte de optar por esta en lugar de las otras opciones participativas que también serían posibles de acuerdo el texto constitucional<sup>14</sup>, demuestra:

Uno, un doble estándar valorativo puesto que la argumentación de la Corte usada para justificar que la reforma del art. 104 inciso cuarto, no restringe derechos, y según la cual “todas” las disposiciones constitucionales (incluidas por tanto, las referidas a la reforma

14 La tramitación de la reforma constitucional por la vía del art. 441.2 no es incompatible con la opción de que el Presidente de la República pueda, en base al art. 104, convocar a consulta popular si lo estimara conveniente.

constitucional) deben ser comprendidas e interpretadas a la luz de la integralidad de un texto constitucional, donde la participación protagónica de la ciudadanía en la toma de decisiones tiene un papel fundamental; no parece serles aquí de aplicación.

Y, dos, ello denota una falta de voluntad clara de hacer efectivo un modelo democrático de “mandar obedeciendo” y de respeto permanente exhaustivo a la soberanía popular puesto que la decisión de reforma constitucional no participativa plantea problemas desde el punto de vista de la teoría constitucional democrática<sup>15</sup>.

De todo lo anterior se puede deducir que la voluntad del Estado no sería desarrollar una concepción constituyente de los derechos de participación, sino una formalista.

### **3.4 El desarrollo de una concepción restringida de la plurinacionalidad e individualista de la persona**

En los países de la zona andina, la participación como derecho constituyente está íntimamente ligada a dos aspectos: una concepción ampliada del reconocimiento constitucional de la plurinacionalidad y una concepción de la persona como ser social.

Si bien ambos aspectos están previstos en la Constitución ecuatoriana, la concepción que de estos dos aspectos ha desarrollado el Estado ecuatoriano es inversa a la planteada. Esto es una concepción restringida de la plurinacionalidad y una concepción de persona de tendencia individualista.

Un ejemplo que muestra, de manera concentrada, el mantenimiento por parte del Estado ecuatoriano de esta visión restringida de la plurinacionalidad a la vez que la concepción aislada o individualista de la persona, sería la sentencia de la Corte Constitucional, de 30 de julio de 2014, sobre el caso La Cocha (Sentencia No. 113-14-SEP-CC).

Veamos las dos concepciones existentes sobre la plurinacionalidad y la persona y el por qué la concepción de ellos desarrollada por el Estado impide la conformación de los mecanismos de participación como derecho constituyente, reduciéndolos a derechos constitucionales.

---

15 La actuación del parlamento debe estar siempre limitada por el principio de la soberanía popular. La soberanía reside en el pueblo y no en el parlamento que es sólo su representante, por eso, en aquellos supuestos donde ya se ha pronunciado *directamente* la soberanía popular, como es el caso de una aprobación de la Constitución el 28 de septiembre de 2008 por vía de referéndum, los parlamentos no pueden actuar libremente, sino que necesitan de ratificación popular. Esto hace que la posibilidad de reforma de la Constitución, expresión directa de la voluntad popular, por parte del parlamento sin preguntarle a la ciudadanía, en el presente caso sea inaceptable, de lo contrario la diferencia entre poder constituyente y poderes constituidos desaparece.

### **3.4.1 La sentencia de la Corte Constitucional en el caso La Cocha: la apuesta del Estado ecuatoriano por la concepción restringida de la plurinacionalidad e individualista de la persona.**

Un análisis de la reciente praxis política y judicial del Estado ecuatoriano nos permite ver que la opción de este: no ha sido el desarrollo de la concepción ampliada de plurinacionalidad, sino más bien la restringida. Y si bien en algunos momentos se ha privilegiado el desarrollo de la forma social de persona desde un punto de vista jurisprudencial, sobre todo se ha potenciado la individualista. En particular, la tensión entre formas comunitarias plurinacionales/forma estatal y sujeto social/sujeto individuo, ha sido resuelta en una buena parte de casos, desde 2008 en adelante, a favor de lo estatal y lo individual. Ello es otro de los elementos que contribuye a que los mecanismos constitucionales de participación instaurados por el texto del 2008, hayan acabado convertidos en derechos constitucionales y no en derechos constituyentes.

Un ejemplo de esta tensión entre lo estatal y lo comunitario por un lado, y lo individual y lo comunitario por el otro, lo encontramos en el debate político y la sentencia del caso La Cocha de 2010, resuelto por la Corte Constitucional en julio de 2014. Este caso hace referencia a la convivencia entre el derecho oficial y el indígena comunitario.

Los hechos del citado caso fueron los siguientes: El 9 de mayo de 2010, cinco jóvenes de la Comunidad Indígena de Guantopolo asesinaron a una persona de la Comunidad Indígena de La Cocha durante el desarrollo de una fiesta en el territorio de la Nacionalidad Kichwa de Panzaleo del Ecuador, específicamente en el centro urbano de la parroquia Zumbahua de la Provincia de Cotopaxi. Tanto la Comunidad de La Cocha como la Comunidad de Guantopolo forman parte de la Nacionalidad Kichwa de Panzaleo. Frente a la denuncia del caso y previo acuerdo de las autoridades de las dos comunidades indígenas involucradas, de la familia de la víctima y de los presuntos victimarios, la comunidad de La Cocha asumió la competencia del caso. Los cinco jóvenes denunciados se sometieron a la justicia indígena y aceptaron las decisiones que la Asamblea General Comunitaria de La Cocha les impuso. A los primeros 4 acusados se les impusieron las siguientes medidas de reparación, corrección y rehabilitación: una indemnización de cinco mil dólares a favor de la familia del fallecido (quienes deciden entregar dicha cantidad a la comunidad para la compra de equipos y materiales en su beneficio); prohibición del ingreso a las fiestas sociales y culturales de la parroquia Zumbahua por el lapso de cinco años; expulsión de la comunidad de los implicados por dos años y rehabilitación por parte de familiares; baño de agua y ortiga por treinta minutos; cargar un quintal de tierra. Al quinto acusado, autor material del asesinato: vuelta a la plaza y perdón

público, cargando un quintal de tierra desnudo; baño de agua y ortiga por cuarenta minutos; consejos por parte de los dirigentes indígenas; trabajo comunitario por cinco años, con seguimiento y evaluación; indemnización a la madre del difunto con mil setecientos cincuenta dólares (Llasag, 2010).

La Constitución y el derecho internacional reconocen la justicia indígena y la imposibilidad de la justicia ordinaria de volver a juzgar casos ya resueltos por la primera. No obstante, después de que en mayo de 2010 la Asamblea General Comunitaria de La Cocha hubiera enjuiciado y resuelto el caso, la Fiscalía, el Ministro de Gobierno, la Policía, entre otras instituciones del Estado, deciden, vulnerando el principio de prohibición de doble enjuiciamiento, no respetar la decisión de la justicia indígena e inician proceso penal, tanto contra los cinco acusados en el caso, como contra las autoridades de la justicia indígena que habían enjuiciado el caso, por delito de secuestro sobre los cinco jóvenes.

Ello abrió un debate sobre las competencias de la justicia indígena cuya manifestación más reciente ha sido la Sentencia de la Corte Constitucional de 30 de julio de 2014 (Sentencia No. 113-14-SEP-CC), resolviendo una acción extraordinaria de protección (signada con el código 0731-10-EP), presentada por el hermano de la víctima para realizar un control de constitucionalidad de las decisiones adoptadas por la Comunidad de La Cocha, y donde la Corte también opta por reducir el alcance de la justicia indígena comunitaria<sup>16</sup> en favor del Estado<sup>17</sup>.

En su sentencia, la Corte determina que, en el enjuiciamiento del caso, la Asamblea General Comunitaria de la Cocha había respetado el principio de debido proceso, con participación de las mujeres indígenas y aplicando las sanciones previstas en su propio derecho, las que eran aceptadas y conocidas por toda la Comunidad. Sin embargo, en la página 34 de la sentencia, la Corte señala que cuando la justicia indígena conoce un caso que afecta al derecho a la vida, ésta

*no juzga ni sanciona la afectación a la vida, en tanto bien jurídico protegido y derecho subjetivo de la persona, sino que lo asume, lo juzga y lo sanciona en tanto genera un*

16 La Constitución reconoce la posibilidad de las autoridades de los pueblos, nacionalidades y comunidades indígenas de ejercer “funciones jurisdiccionales, con base en sus tradiciones ancestrales y su derecho propio, dentro de su ámbito territorial, con garantía de participación y decisión de las mujeres” (art. 171 CRE). Además, el art. 76.7.i) añade que los casos resueltos por la jurisdicción indígena no podrán volver a juzgarse por la justicia ordinaria.

17 La Corte Constitucional agrupó las nueve pretensiones alegadas y procedió a responderlas en función de dos preguntas: 1. ¿Las autoridades indígenas adoptaron decisiones bajo competencias habilitadas, aplicando procedimientos propios, dentro de los parámetros constitucionales y de la protección de derechos humanos reconocidos por las convenciones internacionales?; 2. ¿Las instituciones y autoridades públicas respetaron a la comunidad indígena implicada en el proceso de juzgamiento en examen, en especial, las decisiones de la justicia indígena?

*conflicto múltiple entre las familias y en la comunidad, que debe ser resuelto con el fin de restaurar la armonía de la comunidad; en este sentido, no se juzga el atentado contra la vida considerada individualmente [...] sino en función de las afectaciones que este hecho provoca en la vida de la comunidad* (cursiva nuestra, SENTENCIA N.o 113-14-SEP-CC)

En resumen, lo que viene a decir la sentencia es que el objeto del juicio en la justicia indígena es el bien jurídico comunidad o dicho de otra forma, el sujeto entendido como ser social o en su dimensión excéntrica, pero no la vida como bien jurídico en sí mismo o el sujeto entendido como ser individual o en su dimensión concéntrica.

Así pues, y partiendo de una interpretación liberal individualista de la persona constitucionalizada como un cuerpo reconstruido en su unicidad, que tiene valor de manera aislada y por sí mismo, la sentencia avala que el caso deba volver a ser enjuiciado por la justicia ordinaria puesto que la justicia indígena, al entender el sujeto no de manera individual, sino como conjunto de relaciones sociales, no lo había hecho. La Corte Constitucional establece:

*[...] en caso de que ocurra un delito contra la vida dentro de una comunidad o territorio indígena, el Estado garantizará, al igual que en el resto del territorio nacional, que el mismo sea juzgado y sancionado de conformidad con las leyes propias del Derecho Penal Ordinario.*

De lo anterior se desprenden dos conclusiones:

En primer lugar, la sentencia pondría de manifiesto la posición del Estado de limitar el reconocimiento de lo plurinacional a lo cultural, pero no a lo social, jurídico, político y económico, ámbitos que continúan siendo concebidos como exclusivos del aparato estatal. El texto marca una diferencia entre las jurisdicciones ordinaria e indígena, encargando a la justicia ordinaria el tratamiento de ciertos delitos considerados graves y a la justicia indígena delitos y aspectos menores de la convivencia en la comunidad.

En segundo lugar, continúa predominando el desarrollo de una concepción de persona como realidad aislada e individual, no escindible, sobre esta como realidad compuesta, “individual”, construida sobre las relaciones con las que está conectada.

Este desarrollo de la concepción restringida de plurinacionalidad y con acento individualista de persona, acaba dando lugar a que la relación Estado-comunitarismo sea inversa a la que sería propia de la participación como derecho constituyente: es desde la incorporación de las prácticas comunitaristas de las asociaciones comunales, pueblos indígenas, movimientos sindicales, etc., en clave intercultural al seno del Estado, desde donde se abre la puerta a una nueva ciudadanía colectiva

participativa transformadora, no a la inversa. La incorporación de prácticas estatales y jurídicas tradicionales al seno de los movimientos comunitarios que históricamente han operado desde formas no estatales ni centrales, solo conduce a su desaparición y al de su potencial práctico de transformación.

## Conclusión

En resumen, vistas algunas de las limitaciones políticas, culturales, jurisprudenciales, etc. que se están dando en el proceso de desarrollo normativo e implementación de los nuevos derechos de participación que estableció la Constitución ecuatoriana de 2008, llegamos a la conclusión manifestada al inicio de este trabajo, consistente en afirmar que si bien existió una voluntad constituyente clara y una base jurídica suficiente para poder desarrollar un modelo donde la participación adquiriese un carácter constituyente, su desarrollo normativo, despliegue práctico y condicionantes político-culturales han acabado vaciando tales derechos de su carácter constituyente, convirtiéndolos en estrictos derechos constitucionales.

## Referencias

- Alonso, L.E. (2007). *La crisis de la ciudadanía laboral*, Barcelona: Anthropos.
- Barile, P. (1984). *Diritti dell' uomo e liberta fondamentali*, Bolonia: Il Mulino.
- Bilbeny, N. (1989), "Kant y la Revolución Francesa. Refutación del derecho de resistencia civil", *Anuario de Filosofía del Derecho*, VI, 23-32.
- Biondo, F. (2012). *Disobbedienza civile e teoria del diritto. I conflitti presi sul serio*, Torino: Giappichelli Editore.
- Bobbio, N. (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Carpintero Benitez, F. (1990). "Poder y derecho. La modernidad ante la resistencia a la injusticia", *AFD*, VII, 379-408.
- Carrión, P. (2012). *Consulta previa: legislación y aplicación*. Quito: Konrad Adenauer Stiftung.
- Courtis, C. (2006). "La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios". En Courtis, C. (comp.), *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales* (pp. 3-52). Buenos Aires: Editores del Puerto.
- De Vega, P. (1985). *La reforma constitucional y la problemática del poder constituyente*. Madrid: Tecnos.

- Fohsthoff, E. (1938). *Königsberger Rechtswissenschaftliche Forschungen*. Stuttgart: Kohlhammer.
- Garrorena, A. (1977). “Teoría y práctica española del referéndum”, *Anales de la Universidad de Murcia*, XXXI (3-4).
- Lapassades, G. (1977). *Grupos, organizaciones e instituciones. La transformación de la burocracia*. Barcelona: Granica.
- Lefort, C. (1984). *Teoría de la burocracia estatal*. Buenos Aires: Paidós.
- Llasag, R. (2010). “Avances, límites y retos de la administración de justicia indígena en el Ecuador, año 2010: El Caso La Cocha”. En *Develando el desencanto. Informe sobre derechos humanos Ecuador 2010*, Programa Andino de Derechos Humanos/ UASB, Quito.
- Martín-Retortillo, L. (1962). “La configuración jurídica de la administración pública y el concepto de “daseinsvorsorge””, *Revista de Administración Pública*, (38), 35-65.
- Montaña, J. (2012). *Teoría utópica de las fuentes del derecho ecuatoriano*. Quito: Corte Constitucional/CEDEC.
- Oszlak, O. (1980). “Estado, planificación y burocracia: los procesos de implementación de políticas públicas en algunas experiencias latinoamericanas”, en *25 aniversario del INAP 1955-1980*, México.
- Palacios, F. (2008). “Constitucionalización de un sistema integral de derechos sociales. De la *Daseinsvorsorge* al *Sumak Kawsay*”. En Ávila, R., Grijalva, A. & Martínez, R. (eds.), *Desafíos constitucionales. La Constitución ecuatoriana de 2008 en perspectiva* (pp. 41-66) Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- Pérez, C. (2012). *Agua u Oro: Kimsacocha la resistencia por el agua*. Quito: Facultad de Ciencias Médicas de la Universidad de Cuenca.
- Queralt, J.J. (1986). *La obediencia debida en el Código Penal*. Barcelona. Bosch.
- Schwarz, W. (1964). “The right of resistance”. *Ethics*, 74 (2), 126-134.
- Tapia, L. (2008). *Política Salvaje. Autodeterminación*. La Paz: CLACSO, Muela del Diablo.
- Zagrebelsky, G. (1995). *El derecho dúctil*. Madrid: Trotta.

## Legislación

- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, de 20 de diciembre de 1999.
- Constitución de la República de Ecuador, de 20 de octubre de 2008.
- Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia, de 7 de febrero de 2009.
- República de Ecuador, Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, de 18 de mayo de 2004.

República de Ecuador, Ley Orgánica Electoral y de Organizaciones Políticas de la República del Ecuador, Código de la Democracia, de 9 de abril de 2009.

República de Ecuador, Ley Orgánica de Participación Ciudadana, de 12 de abril de 2010.

República de Ecuador, Ley Orgánica del Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, de 3 de septiembre de 2009.

República de Ecuador, Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, de 21 de septiembre de 2009.

República de Ecuador, Ley Orgánica de Educación Superior, de 6 de octubre de 2010.

República de Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 669, de 21 de febrero de 2011, por el que el Presidente de la República dispuso al Consejo Nacional Electoral a que convocara a consulta popular.

República de Ecuador, Decreto Ejecutivo No. 946, de 28 de noviembre de 2011, por el que el Presidente de la República dispone al Consejo Nacional Electoral que convoque a consulta popular en el Cantón de La Concordia.

Estado Plurinacional de Bolivia, Ley No. 341 de Participación y control social, de 5 de febrero de 2013.

## **Jurisprudencia**

Tribunal Supremo de España, Sala Tercera, de 11 de febrero de 2009, rec. 905/2008.

Corte Constitucional Ecuador, Sentencia No. 001-10-SIN-CC, de 18 de marzo de 2010.

Corte Constitucional Ecuador, Dictámenes No. 001-11-DRC-CC y 001-DCP-CC-2011, Casos No. 0001-11-RC y Caso No. 0001-11-CP, de 15 de febrero de 2011.

Corte Constitucional Ecuador, Sentencia No. 113-14-SEP-CC, de 30 de julio de 2014.

Corte Constitucional Ecuador, Dictamen No. 001-14-DCR-CC, Caso No. 0001-14-RC, 31 de octubre de 2014.





Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Nocturno N° 1  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.10 x 1.30 m  
Año: 1980

## *Retos de la formación doctoral en derecho en América Latina\**

\* Este artículo de reflexión fue preparado especialmente como parte de mi labor como par-amigo del Doctorado en Derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia que se encuentra en este momento en proceso de creación. La financiación para el mismo tiene soporte en mi cargo de investigador de Conicet, un subsidio a la investigación científica específico de Conicet, PIP (2012-2015) y a un subsidio SECYT, Universidad Nacional de Córdoba referido a la evaluación moral de instituciones públicas. Este trabajo también se benefició del fuerte apoyo de la Universidad de Antioquia para la realización de la conferencia. Estoy especialmente en deuda con Diana Arias Holguín, excelente jurista, intelectual y sobre todo amiga. Mi historia académica con Antioquia comenzó por las gestiones, en 2010, del Profesor Roberth Uribe Álvarez a quien siempre le estaré agradecido por brindarme la oportunidad de conocer la Universidad de Antioquia y la ciudad de Medellín. Me han ayudado también los diálogos mantenidos con mi colega par-amigo de la Universidad del Rosario, Colombia, Prof. Dr. Julio Gaitán.

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n159a09](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a09)

Fecha de recepción: 05 de febrero de 2015

Fecha de aprobación: 29 de abril de 2015

# Retos de la formación doctoral en derecho en América Latina

*Guillermo Lariguét<sup>1</sup>*

## Resumen

En este trabajo examino cuáles son los posibles retos para la formación doctoral en derecho en América Latina, considerando el contexto socio-cultural y jurídico, especialmente, de Colombia y Argentina, en concreto de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba, de Colombia y Argentina, respectivamente. El artículo tiene dos partes. En la primera presento una infraestructura filosófica muy general de cómo veo al derecho como objeto de conocimiento y cuáles son algunos de los rasgos más sobresalientes de las disciplinas, conceptos, métodos y teorías que se usan para investigar al derecho. Defiendo una serie de tesis que deberían servir como guías para articular un doctorado en derecho. En la segunda, bosquejo cuál podría ser la arquitectura básica de un hipotético doctorado en derecho.

**Palabras clave:** doctorado en derecho, retos, Latinoamérica, teorías, métodos.

## Challenges in the doctoral training in law in Latin America

### Abstract

In this work I examine the possible challenges for a Law Doctoral Degree in Latin America, considering the socio-cultural and legal context, particularly in Colombia and Argentina, specifically at the School of Law and Political Science at the University of Antioquia, in Colombia, and the School of Law and Social Sciences of the National University, Córdoba, Argentina. This article has two parts. In the first part I will present a very general philosophical infrastructure of how I see the Law degree as an object of knowledge and which ones are some of the most outstanding features of the disciplines, concepts, methods and theories that are used to investigate the law. Defending a series of theses that should serve as guidelines to articulate a doctorate degree in law. In the second part, I sketch what could be the basic architecture of a hypothetical doctorate in law.

**Keywords:** doctorate in law, challenges, Latin America, theories, methods.

---

1 Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. CONICET, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Miembro del GRUPO DEEP DEL PROGRAMA EN ÉTICA Y FILOSOFÍA POLÍTICA DE LA UNC, ARGENTINA. E-mail: gclariguét@gmail.com

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Lariguét, G. (2015). Retos de la formación doctoral en derecho en América Latina. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 195-214. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a09

# Retos de la formación doctoral en derecho en América Latina

## Introducción

Como evaluador externo del proyecto de doctorado en derecho de la Universidad de Antioquia se me ha encargado una conferencia sobre los “retos de la formación doctoral en derecho” en “América Latina”, contrastando el contexto colombiano con el de mi país de origen y trabajo, Argentina. Si los retos son “desafíos”, “obstáculos epistemológicos” en la celebrada expresión de Bachelard, una reflexión sobre los mismos, considerando el contexto latinoamericano, no puede hacerse sin cautela intelectual. Esta cautela exige un avance metódico lento. Para ello, voy a dividir esta conferencia en dos partes fundamentales. En la primera, quiero trazar un panorama general de las cuestiones básicas que en mi opinión deben guiar la reflexión sobre cómo articular un doctorado en derecho, considerando el contexto de países latinoamericanos. Tendré en cuenta ciertos aspectos sociales y académicos de Colombia, así como de mi país: Argentina. En la segunda, me dedicaré a sugerir una suerte de arquitectura de cómo tal doctorado podría imaginarse en una universidad latinoamericana. Esta imaginación, como se verá, está parcelada por (algunas) de mis (actuales) obsesiones de tipo filosófico; en consecuencia mi mirada será parcial, pero no por ello excluyente de un diálogo sobre otros posibles diseños curriculares.

## 1. Un panorama general sobre un doctorado en derecho

**Primero.** Cuando pensamos en la conformación de un *Doctorado en Derecho*, un primer paso es preguntarse por el *tipo de objeto* que concentrará los esfuerzos de los doctorandos: el derecho. A ningún jurista se le escapa que la determinación del estatus de este objeto, es una tarea que enfrenta una dificultad teórica básica: precisar cuáles son los rasgos que permiten establecer la naturaleza del derecho. Esto que presento como una dificultad no es, sin embargo, un obstáculo para la articulación de un doctorado. Todo lo contrario: esta dificultad básica es una virtud o ventaja que motiva -e inclusive urge- la necesidad de que una facultad de derecho cuente con un doctorado en derecho. La virtud estriba en el hecho de que

el problema de determinar los rasgos del derecho justifica una empresa intelectual sofisticada de conocimiento, discusión, disputa teórica y metodológica llevada a cabo desde las más diversas estructuras conceptuales y disciplinares que conforman el escenario jurídico.

Quiero defender, antes que nada, la idea según la cual la determinación de los rasgos que delimitan al derecho como objeto de preocupación intelectual, exige una empresa epistémica bien avisada, no naïve, y que carezca de prisa. Esta empresa está *bien avisada* cuando sabe que la aproximación al derecho, como objeto, esto es, el acceso a lo que luego denominaremos como sus “rasgos”, no es algo que se pueda acometer desde un solo plano disciplinar o metodológico. La falta de prisa exige que no demos por descontado casi nada, que no hagamos pontificaciones taxativas sino que, antes bien, nos conduzcamos lentamente por una investigación que intente mapear las intuiciones problemáticas más básicas que el derecho como fenómeno nos suscita. Entre estas intuiciones, el derecho es visto como cercano a un fenómeno desnudo de ejercicio del poder, otras veces es acercado a un problema de un fundamento moral sólido, a veces es visto como la cáscara de una ideología hegemónica dominante, otras se lo vincula con intereses imparciales debatidos en un juego democrático, etc. La contienda entre intuiciones, entonces, es *un rasgo epistémico fundamental* sobre la constitución del derecho *qua* objeto de una empresa de conocimiento determinado (Lariguet, 2008).

**Segundo.** He dicho más arriba que los rasgos de eso que luego llamaremos “derecho” no ofrecen una *única vía* de acceso disciplinar o metodológica. Al derecho podemos aproximarnos desde lo que se llama dogmática jurídica, sociología jurídica, antropología jurídica, historia del derecho, política jurídica, teoría del derecho, filosofía del derecho, ética jurídica y un largo etcétera. Esta mención es todavía poco precisa, porque, como sabemos, hay muchas otras disciplinas que nos permitirían acceder al derecho: los estudios de literatura y derecho, las perspectivas de género, la temática *queer*, la bioética, la filosofía política y, otra vez, un extenso etcétera nos podría guiar a lecturas del derecho o de algunas de las instituciones que lo componen. Y la lista no trae toda la precisión deseable todavía, porque dentro de cada uno de estos ámbitos, de estas disciplinas constituidas o que se están constituyendo (por caso los estudios de literatura y derecho), convergen teorías que tienen disensos parciales o radicales entre sí. E incluso, no es clara siempre la frontera de objeto y método entre disciplinas que investigan al derecho: piénsese por caso, cuál es la nitidez de frontera que separa a la sociología jurídica respecto de los estudios culturales sobre el derecho.

**Tercero.** Entonces, el dato epistémico inicial es que hay distintas disciplinas, algunas bien cimentadas o constituidas, es decir, con un objeto más o menos de-

limitado con cierta precisión y un aparato conceptual más o menos refinado. Pero también hay disciplinas que no están todavía del todo constituidas y sus fronteras de definición de identidad y diferencia con otras disciplinas no son del todo nítidas todavía. Este panorama es más profundo aún, porque a la par de disciplinas hay sub-disciplinas, por ejemplo, la *técnica de la legislación* como parte de una disciplina llamada política y teoría de legislación.

La idea según la cual hay disciplinas y sub-disciplinas tiene que ver con el creciente fenómeno de especialización científica que presupone un proceso gradual de “autonomía disciplinar”. Esta autonomía, sin embargo, no cancela una discusión fructífera sobre otras formas de combinar esfuerzos disciplinares mediante categorías como las de “inter-disciplina”, “multi-disciplina” y “trans-disciplina” (Peláez & Suárez, 2010). A este dato complejo que acabo de apuntar se suma la diversidad de teorías, algunas más dominantes que otras, que convergen en un escenario de conflicto epistémico consistente en demostrar –si se puede– cuál es la que reporta más ganancia explicativa –o justificatoria– de eso que llamamos derecho. Tenemos entonces, disciplinas diversas, constituidas o en vías de constituirse, teorías y aparatos conceptuales en potencial conflicto con otras teorías y aparatos conceptuales. Y esfuerzos, finalmente, de mayor síntesis explicativa o justificatoria; esfuerzos condensados en el uso de expresiones problemáticas, pero no por ello exentas de interés aplicativo, como son “inter-disciplina” y “trans-disciplina”.

**Cuarto.** En el trasfondo de lo que acabo de exponer, se encuentran subtendidas dos cuestiones conceptuales que mantienen entre sí una cierta *tensión*. Me refiero por una parte, a la autonomía, y por otra, a la “inter” y “trans” disciplina. La autonomía, es hija de la creciente sofisticación y especialización del conocimiento científico. Este fenómeno ha traído aparejado, en buena medida, un espíritu de época caracterizado por una suerte de “pluralismo disciplinar”, a la par que un cierto tipo de pluralismo “metodológico”, a la vez que “teórico”. Si las disciplinas son autónomas esto es en parte porque disponen de un “método propio” y “teorías propias”. Y si hay tantos métodos como disciplinas autónomas, entonces el escenario es de pluralismo metodológico y teórico. Sin embargo, “pluralismo” no es equivalente a “relativismo”. La existencia de métodos –presumiblemente– diferentes, no cancela una discusión sobre la posibilidad de identificar *criterios metodológicos más generales* que cualquier disciplina intelectual debería satisfacer. Parte de esta preocupación se enlaza con una vieja obsesión filosófica por lo que podría llamarse la “unidad” del conocimiento científico. Desde las propuestas del *trivium*, o el *cuatrivium*, pasando por el proyecto ilustrado y moderno de una enciclopedia científica que sintetizara cánones generales, hasta el proyecto del positivismo lógico de una ciencia unificada, siempre ha existido la preocupación genuina de si hay

conectores de algún tipo entre disciplinas científicas autónomas. Tal preocupación reverbera tras el empleo de expresiones como inter-disciplina y trans-disciplina. La intuición es que hay un lecho de unidad entre disciplinas diferentes: por ejemplo, porque los aparatos conceptuales, o ciertos conceptos de las mismas, son parcial o completamente comparables, porque los métodos de investigación se superponen, porque las finalidades de la investigación, sean descriptivas, explicativas, analíticas o justificatorias, coinciden en forma al menos parcial, porque la delimitación de sus objetos de elucidación comparten rasgos con otras delimitaciones, etc. La intuición que capta este tipo diverso de vinculaciones da un paso más allá y se pregunta por las posibilidades –y obstáculos–, que existen para vincular disciplinas o teorías de diversos ámbitos con el propósito de saber si tal vinculación, reportaría mejores condiciones de explicación o análisis de un cierto fenómeno, en este caso lo que llamamos “derecho”.

**Quinto.** Hasta aquí he sugerido que el derecho “como objeto” de estudio es un dato sobre el que están en conflicto, latente o concreto, parcial o extendido, intuiciones básicas que mantenemos en pie de guerra. He dicho que esto lejos de ser un vicio epistémico es un rasgo característico y virtuoso que debe ser el punta pie inicial y el inspirador de la estructuración de un doctorado en derecho. Es esta característica problemática del derecho en tanto que objeto de conocimiento, la que puede establecerse como una fuente de motivación intelectual que identifique una característica constitutiva del campo del conocimiento jurídico en tanto que tal. Este campo de conocimiento es variopinto y está jalonado por un pluralismo de disciplinas, sub-disciplinas, teorías y métodos. El intento de colonizar esta pluralidad detrás de una supuesta metodología última y final, se vincula con una promesa incumplida llamada “reduccionismo”. El reduccionismo es diferente de la reducción. La operación de reducción (Lariguet, 2007, 2011) supone la posibilidad de subsunción de unos datos, unos conceptos o unos aspectos metodológicos bajo los datos, conceptos o métodos de otras teorías de mayor alcance explicativo. Pero el reduccionismo es una distorsión de esta operación: pretende generar la -falsa- imagen de que un conjunto variado de disciplinas, métodos, conceptos y teorías, puede ser explicado a partir de una super disciplina o método, y esto generalmente es falso. La sociología, por ejemplo, en alguna de sus variantes cuantitativas o cualitativas, no puede agotar la riqueza del derecho como objeto. Un intento de su empleo universal para investigar el fenómeno jurídico, nos haría perder características relevantes de ese objeto. A esto es a lo que llamo reduccionismo. Lo mismo podría decirse, *mutatis mutandis*, para la filosofía jurídica o alguna otra disciplina como la historia. Detrás de expresiones como “sociologismo”, “filosofismo” o “historicismo”, pueden ocultarse sendas manifestaciones de reduccionismo.

En contra del reduccionismo, creo que el derecho *qua objeto* de conocimiento se favorece por un dato real constatable: el pluralismo metodológico y teórico al que me refería antes. Sin embargo, como ya he indicado, “pluralismo” no es lo mismo que “relativismo”, el pluralismo se asienta en el dato de diversas perspectivas metodológicas y teóricas sobre el derecho, intentando reivindicar fuentes de validación intersubjetivas y pertinentes. El relativismo, en cambio, es una apuesta irresponsable, a veces planteada bajo la rúbrica de la polisémica expresión-paraguas “posmodernidad”, bajo la cual se celebra como una victoria liberadora el “todo vale” metodológico o teórico. Si “todo vale”, “nada vale”, después de todo.

El pluralismo que defiendo tiene dos rasgos. Primero, afirma la existencia –contrastable– de métodos y teorías diversas para dar cuenta del derecho como fenómeno social, cultural, ideológico, etc. Segundo, reivindica la necesidad de discusión racional (intercambio de los mejores argumentos), para defender la plausibilidad y pertinencia de una perspectiva metodológica y teórica frente a otras en competencia o rivalidad a la hora de dar cuenta de algún aspecto del fenómeno jurídico.

Quiero alegar que una discusión racional sobre métodos, conceptos y teorías, en tanto presupone un debate basado en los mejores argumentos, se compromete con ciertas *desideratas* a satisfacer. Entre las más importantes, están:

- a) Los argumentos deben respetar reglas lógicas básicas; especialmente de la lógica deductiva. Aunque dejo abierta la puerta para lógicas más débiles o no monotónicas que cubran ciertos argumentos en forma razonable.
- b) Debe buscarse la claridad, la precisión; en consecuencia deben despejarse, en lo posible, ambigüedades, explicaciones oscuras, etc.
- c) Debe haber un celo por desmontar las falacias de los propios argumentos y el de los adversarios.
- d) Debe buscarse el convencimiento del otro en base a razones plausibles y no espurias.
- e) Debe haber un trabajo sobre un conjunto de emociones, disposiciones, creencias, de tal modo que sea posible la empatía con el otro, la sensibilidad por el propio error, el celo por hallar la verdad sobre un asunto, etc.

**Sexto.** Hasta ahora, entonces, he defendido dos tesis. La primera: el derecho como objeto está entrelazado con intuiciones básicas en conflicto y esta conflictividad es marca de identidad del conocimiento jurídico, virtud intelectual y fuente de motivación de una empresa académica que se organice bajo la forma de un doctorado. La segunda, habla de un pluralismo metodológico y teórico que no es lo mismo que relativismo. Las tesis uno y dos están en sintonía con una cuestión

más específica. Un doctorado en derecho no solo debe poner sobre la mesa nuestras intuiciones en conflicto, sino también problematizar la naturaleza misma de los instrumentos que decimos emplear, esto es, las disciplinas, métodos, conceptos y teorías. Un rasgo notorio del derecho es que existe una investigación abierta sobre el estatus epistemológico de sus disciplinas, métodos, conceptos y teorías. Es como si, en el fondo, hubiese una relación dialéctica de incógnitas entre objeto y teorías: la respuesta sobre el estatus de ambos va en ambas direcciones: de las teorías al objeto, del objeto a las teorías.

**Séptimo.** Ahora bien, cuando hablamos de disciplinas, métodos, conceptos y teorías “jurídicas”, debemos subrayar que “jurídicas” es una expresión que alude a algún aspecto que consideramos vinculado al derecho en forma inmediata o mediata. Pero lo más sobresaliente es que estas disciplinas, métodos, conceptos y teorías pueden tener diferente naturaleza. A grandes rasgos, diría que hay tres tipologías de disciplinas, métodos, conceptos y teorías, a saber: *empíricas*, *analíticas* y *normativas*. Por supuesto, que esto es una distinción: en la práctica de conocimiento jurídico, estas teorías pueden estar combinadas de maneras muy diferentes y los rasgos “empíricos”, “analíticos” y “normativos” adquirir una fuerza diferente. De una forma bastante simple, aquí baste con señalar que las disciplinas, conceptos, métodos, teorías empíricas, tienen como objeto la pesquisa de los aspectos directa o indirectamente observables del derecho, entendido como un tipo de hecho que forma parte del mundo junto a otros tipos de hechos. Disciplinas como la sociología, la antropología, suelen tener esta impronta empírica. En el caso de las disciplinas, conceptos, métodos y teorías “analíticas”, éstas tienen como propósito la investigación de los aspectos “conceptuales” del derecho como objeto (Lariguet, 2008). Disciplinas como la teoría del derecho y la filosofía del derecho suelen tener esta impronta. Por último, aquellas disciplinas, conceptos, métodos y teorías preocupadas por los aspectos “normativos” del derecho, esto es, aquellos que conceden fuentes de justificación del derecho como encarnación de un Estado, o la justificación de una norma o legislación o decisión judicial, son por esto disciplinas, métodos, conceptos o teorías “normativas”.

En buena medida –en otro lugar– definiendo que la teoría jurídica, la filosofía jurídica y la llamada “dogmática jurídica” “autoconscientes”, tienen la tarea *descollante* de proporcionar *justificaciones* de las condiciones bajo las cuales un Estado de Derecho es legítimo, una decisión es legal, una norma es justa, etc. Como he aclarado antes, esta distinción que trazo entre aspectos empíricos, analíticos y normativos no implica que en la práctica cognoscitiva de lo jurídico no puedan combinarse, que no es lo mismo que confundirse. Por ejemplo, un dogmático del derecho interesado en su rol normativo en tanto que justificatorio de algún aspecto del derecho, no puede

dejar de lado ciertos datos empíricos sobre una institución jurídica determinada, como así tampoco desentenderse de una labor de tipo conceptual como la que ocupa a teorías de tipo analítico. Pero esto no evita trazar diferencias, veamos:

A una teoría empírica le interesan aspectos de lo jurídico en tanto que una clase o sub clase de hecho. Echará mano de herramientas de observación, contraste y explicación. Podrá utilizar métodos cuantitativos (estadísticas por ejemplo) o cualitativos (entrevistas, análisis del discurso, historias de vida, etc.), pero su base teórica tiene una fuerte presencia de hechos y el cometido es *fuertemente explicativo*.

A una teoría analítica, en cambio, le interesará la posibilidad de testear postulados a priori, de idear buenos experimentos mentales para probar intuiciones básicas sobre el derecho como “concepto” y su cometido básico será el *análisis de conceptos* y su *reconstrucción racional*. En ocasiones, en una versión “más débil” del método analítico, estas teorías buscarán ciertos *insights* en datos empíricos tal como propugnan, por ejemplo, diversas vertientes “naturalizadas” del análisis como el realismo jurídico norteamericano.

Por último, a una teoría “normativa” le interesará la posibilidad de establecer condiciones objetivas de discusión de juicios normativos o de primer orden sobre la legitimidad política de un Estado, la moralidad del derecho, o la justicia de una cierta institución constitucional. Su método puede ser, entre otros, el del equilibrio reflexivo, tratando de establecer en una red armónica o coherente nuestros principios normativos más abstractos en sintonía con nuestras intuiciones sobre casos particulares. Por ejemplo, en qué medida una teoría rawlsiana sobre la distribución de riqueza está en mejor relación de coherencia con la justicia de normas tributarias, es una empresa de tipo normativo. Pero, como he dicho, es probable que necesitemos de ciertos elementos empíricos (de qué modo en cierta sociedad se usan los tributos) y conceptuales (qué entenderemos por tributos), junto al empleo de un método normativo como el del equilibrio reflexivo.

**Octavo.** He respaldado hasta ahora cuatro tesis: primero, el derecho como objeto condensa intuiciones básicas en conflicto; segundo, es menester diferenciar pluralismo de relativismo metodológico y teórico; tercero, los instrumentos del conocimiento están a la búsqueda de precisión sobre su estatus, búsqueda de precisión en relación dialéctica con la pregunta sobre cómo precisar el significado del objeto de dicho conocimiento; cuarto, cuando hablamos de métodos y teorías, no obstante sus posibles niveles de combinación, estamos pensando en tres tipos diferenciables: teorías empíricas, analíticas y normativas. A su vez, se podría decir de diversas maneras, que estas teorías tienen que responder, cada una en su nivel de pertinencia, sobre el modo en que el derecho como objeto de estudio se vincula con dos grandes temas inescapables. Me atrevería a indicar que estos dos aspectos

que señalaré se ligan a aspectos del derecho como objeto que llamaré “macros”. Los aspectos “macros” son aquellos que nos dan una *imagen* del derecho como fenómeno general o total de una cierta sociedad (versión débil) o de cualquier sociedad (versión fuerte) y no de un aspecto parcial o puntual del derecho de una sociedad determinada.

*Primer aspecto.* El derecho suele ser enfocado como expresión de lo que se podría denominar “intereses de poder o dominio” de unos sectores sobre otros. El fenómeno del poder y de intereses partisanos es un tema fundamental de una investigación *no ingenua* sobre el derecho. En buena medida, ambas cuestiones, me refiero a poder o búsqueda de predominio e intereses partisanos, se ligan con el tópico de la “ideología” y de este concepto con la categoría derecho en tanto que conjunto de acciones, normas, actores, etc. Si el derecho vindica legitimidad sobre la base de la intuición de generalidad de ciertos intereses básicos que deben ser garantizados y de un poder legítimo, debemos esperar un duro trabajo de diversas teorías (empíricas, analíticas, normativas o alguna combinación de estas tres) para enfrentar el reto de cómo es posible contar con intereses no partisanos, con un poder legítimo y con una ideología desenmascarada que abra una perspectiva pública de investigación sobre lo jurídico y los presupuestos del intérprete o actor social que está vinculado, debido al ejercicio de cierto rol, con la práctica del derecho en alguno de sus niveles. En buena dosis, estas cuestiones se vinculan con el derecho en tanto que fenómeno de tipo “político”. De modo que teorías empíricas, como alguna variante de sociología marxista; analíticas, algunas teorías de filosofía política; y normativas, algunas teorías jurídicas, políticas y morales, son especialmente esperadas en la revelación de los contenidos empíricos, analíticos y normativos ligados a la dimensión política del derecho.

*Segundo aspecto.* Interesa pensar en qué medida el derecho es y debe ser reflejo de alguna concepción moral (sobre lo que es correcto o sobre lo que es valioso). Si el derecho, por razones teóricas, no puede ser solo —o no debe ser— un fenómeno de coacción bruta sino legítima, entonces, la pregunta por la moralidad del derecho es otro tema inescapable. Aquí no interesa solo indagar en la moralidad de normas, leyes, instituciones, actos o decisiones, sino también pesquisar si hay *rasgos exigibles de carácter* para ciertos operadores del derecho, uno de ellos, los jueces (Lariguet, 2013).

A los dos perfiles “macro” que he indicado arriba, se acoplan aspectos que denominaré “micro”. Por estos aspectos me refiero a dimensiones específicas de funcionamiento del derecho que depende de unas ciertas normas, instituciones, operadores, conceptos, etc. De los aspectos micro pueden ocuparse disciplinas jurídicas diferentes con aproximaciones metódicas, a su vez, diferenciables. Aquí

voy a distinguir, *grosso modo*, dos de estas aproximaciones: una *externista*, otra *internista*.

La *externista* es una aproximación de tipo “sociológico” que se encarga de explicitar los presupuestos fácticos del surgimiento, aplicación, conservación y cambio del derecho. Aquí suelen emplearse herramientas de teoría económica, de ciencias políticas, de psicología social, para explicar por qué surgen unas ciertas instituciones, por qué se establecen unas ciertas formas de interpretar o aplicar el derecho, por qué se ejercen ciertos roles sociales en manos de los abogados, por qué una casta de funcionarios mantienen un cierto poder simbólico de legitimación del estado de derecho, por qué un derecho cambia de manera gradual o radical, etc.

En cambio, la aproximación *internista*, es menos sociológica o factualista y más “conceptualista” e “interior” al grupo de conceptos, teorías, operaciones o simbologías utilizadas por los juristas que teorizan, crean, aplican y ejecutan el derecho. Del mismo modo que las teorías empiristas, analíticas y normativas se pueden combinar de diversas formas, las aproximaciones internistas y externistas también podrían, *prima facie*, combinarse de maneras novedosas y útiles para el conocimiento del derecho. Creo que ambas aproximaciones, no obstante ello, pueden mantener una tensión conceptual.

Una aproximación empirista puede desconocer símbolos o conceptos normativos interiores caros a los juristas, y un énfasis intelectual de los juristas por los símbolos o conceptos normativos, puede desencadenar un cierto desdén por cuestiones factuales. En cualquier caso, la verdad parece estar al medio de estas aproximaciones extremas y alguna –buena- mezcla de estas dos aproximaciones parece de inestimable ayuda para investigaciones sobre la naturaleza del derecho o el llamado fenómeno jurídico. Aquí se me ocurren dos ejemplos de esta buena mezcla y para ello apelaré sucintamente a dos juristas, intelectuales colombianos: Mauricio García Villegas y Julieta Lemaitre.

El primero tiene sendos estudios sobre lo que se conoce como “normas de papel”. Desde un punto de vista sociológico crítico e inteligente, García Villegas (2010) pasa revista a los aspectos idiosincrásicos de las sociedades latinoamericanas que explican el tipo de derecho “profundo” vigente, y los obstáculos para el tipo de derecho que simbolizan los discursos formales tradicionales del positivismo jurídico, que ensalza el valor de la legalidad (en alguna de sus variantes, por ejemplo en la del positivismo normativo) o para las versiones estándares de democracias de tipo deliberativa, que enfocan el tema del diseño de los países latinoamericanos bajo la lupa de cánones normativos de dichas versiones.

En el caso de Lemaitre, su trabajo sobre el *Derecho como Conjuro* (2009) muestra de manera creativa cómo detrás de ciertos dispositivos de la violencia en Colombia, en grupos de fuerzas militares o narcos paralelas al Estado, (o grupos de “limpieza” agregaría yo), funcionan módulos de reconocimiento de reglas en rivalidad con la clásica versión de regla de reconocimiento hartiana. Más allá de que ambas versiones, la de García Villegas y Lemaitre, pueden ser teóricamente disputadas, creo que las mismas aportan dos elementos importantes para la teoría jurídica, miremos cuáles:

En primera medida aportan elementos contextuales de las sociedades latinoamericanas que las teorías jurídicas americanas o europeas no tienen en cuenta. En otras palabras, es un pecado *ahistoricista*, completamente descontextualizado, aplicar en forma directa teorías jurídicas de otras latitudes, sin establecer algunos criterios de peculiaridad en su aplicación a realidades locales. Con esto no estoy queriendo caer en alguna forma de relativismo que, más arriba, he pretendido superar. No estoy diciendo que no podamos entender, comprender, discutir o aplicar teorías jurídicas elaboradas en países como Norteamérica o el continente europeo. Los juristas latinoamericanos, de hecho, han heredado un vasto acervo cultural e histórico sobre el derecho transmitido por otras generaciones de otros países. Lo que estoy señalando, más bien, aporta un elemento de “modulación” de teorías fraguadas en otros sitios. Muestra que la aspiración de *conceptualidad estable y general* de las teorías jurídicas, puede combinarse con cierta sensibilidad por las condiciones históricas, geográficas o culturales de su apareamiento, difusión y aplicación en contextos socio-culturales y jurídicos diversos al de su surgimiento.

En segunda medida hay que tener en cuenta que las versiones de estos dos juristas colombianos, ofrecen también elementos de crítica y discusión conceptual con las contribuciones de juristas americanos o europeos. Una consideración muy abstracta sobre la validez de reglas, puede aprender mucho de elementos culturales, por ejemplo vinculados a la anomia, la corrupción, la desobediencia, etc, propio de nuestros países suministrados por una investigación como la de Mauricio (en un sentido anticipatorio, Garzón Valdés, 1982), o una consideración analítica preclara sobre la regla de reconocimiento, puede ser desafiada por la mirada que Lemaitre ofrece sobre la violencia en Colombia. Tomando como preludio esta última parte que menciona juristas colombianos, paso a la segunda parte de esta conferencia.

## 2. El Doctorado en Derecho en la Universidad de Antioquia

Aprovechando la infraestructura general que dibujé en la primera parte, en esta segunda parte quiero esbozar algunos elementos que un doctorado en derecho, en este caso en una universidad pública colombiana como Antioquia, debería tener en cuenta, al menos para pensar y discutir. Para ello, presentaré en las líneas que siguen, algunos contrapuntos con un doctorado en derecho que conozco de primera mano: el doctorado en derecho de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Córdoba de Argentina. Para que el desarrollo de esta segunda parte sea fácilmente transitable, adelanto que haré dos cosas. Primero, voy a explicitar algunos riesgos o ingenuidades que se pueden y deben evitar. Segundo, voy a delinear una especie de arquitectónica básica que un doctorado en derecho, en este caso para Antioquia, podría tener en cuenta.

### 2.1 Riesgos o ingenuidades a evitar

El primer riesgo o ingenuidad consiste en pensar que el doctorado en derecho salvará de las deficiencias históricas y crónicas de formación del abogado en el grado (Uribe, 2010). ¡Craso error!, el doctorado se deforma si se concibe de esta manera. No se puede permitir una brecha intelectual considerable entre el grado y el posgrado porque esto hace que la inserción de los abogados en el doctorado sea más difícil. Convertiría los contenidos curriculares y la demanda de habilidades cognitivas de los doctorandos, en letra digerible para alumnos de grado y no para candidatos al título máximo. Esto es lo que pasa en mi doctorado en derecho en Córdoba. En el grado hay una escasa, episódica, poco sistemática e incisiva relación con la investigación jurídica en cualquiera de sus facetas. Los estudiantes se educan en la jerarquía y la obediencia a sus profesores (para seguir la lapidaria sentencia de Duncan Kennedy, al respecto).

El nivel de los profesores no es de una excelencia pareja o uniforme<sup>2</sup>. Muchos, la gran mayoría, se dedica al litigio o la judicatura y muy pocos a la investigación académica en serio, motivo por el cual su nivel intelectual no suele alcanzar lo exi-

---

2 En una parte importante esto se explica por el sistema de acceso a la docencia. El sistema de concurso público de antecedentes y oposición tiene una implementación muy problemática. La recepción formal de la documentación de los antecedentes para concursar un cargo suele articularse en un momento “x” y la realización del concurso se suele plantear “varios años” después, motivo por el cual buenos candidatos ya han obtenido otras plazas o se han abocado a otras alternativas. Los concursos en sí suelen estar contaminados por apreciaciones altamente discutibles de los antecedentes o el desempeño docente. Las impugnaciones a los concursos son también moneda corriente, con lo cual se avala el *statu quo* anterior al concurso. Al final, la casta profesoral no es en general de lo mejor. Aun nos debemos una discusión profunda del sistema de selección profesoral.

gible en términos académicos estándares. Esto es solapado por diversos mecanismos de auto engaño que van desde el simple elogio entre los profesores, a la más lisa y directa obsecuencia. Los estudiantes no son entrenados, de forma habitual y natural, en *criticar racionalmente o discutir o cuestionarse los contenidos curriculares del grado y sus futuros y supuestos roles como abogados del “mañana” con buenos argumentos*. Es premiado el alumno que recita de forma más o menos eficaz unos contenidos normativos, generalmente extraídos de manuales de cátedra de muy bajo nivel teórico; nivel bajo que se explica, en parte, en la ausencia de un sistema de árbitros ciegos rigurosos<sup>3</sup>.

El futuro abogado de mi Facultad escribe muy poco; son escasas las tareas de investigación que deben coronar en ensayos sesudos y meticulosos. El resultado es un abogado con capacidades cognitivas muy débiles y una capacidad para el juicio y el razonamiento de una calidad problemática. De allí tenemos un “salto” al doctorado en derecho. El doctorado de la Universidad Nacional de Córdoba aun no está “estructurado”. La exigencia curricular de doctorado es exigua y se agota, apenas, en unos pocos cursos de metodología de la investigación jurídica, muy parciales y poco conectados entre sí, donde el alumno se ve en duras dificultades para entender las nociones más básicas y rudimentarias de teoría del conocimiento, filosofía de la ciencia, lógica de normas o argumentación racional. El vocabulario de los doctorandos es pobre y las capacidades para la imaginación, básicas en una buena investigación, son escasas y se enfrentan a la tarea de convencer a una pequeñísima casta de abogados auto-apodados “metodólogos” de la investigación jurídica. Conclusión: un buen doctorado en derecho no puede ser tal con una mala formación de grado. Una mala formación de grado, no se salva, además, con un doctorado no estructurado o con una estructura tan exigua en cuanto a exigencias curriculares.

El segundo riesgo consiste en pensar que los doctorandos movilizan investigaciones en torno a “temas” de investigación. Los temas de investigación apenas son el punta pie inicial. Lo que interesa de una investigación son los “problemas” y los

3 Un número significativo de profesores publican trabajos de calidad intelectual discutible. Por otra parte, los medios de publicación habituales carecen de un sistema de arbitraje ciego y las revistas de mayor impacto jurídico en Argentina no están indexadas (La Ley, Jurisprudencia Argentina, El Derecho, etc.). Cuando digo de “mayor impacto” reconozco un dato objetivo: muchos trabajos intelectuales de los juristas publicados en esos medios inciden en los argumentos de los jueces y ellos los citan a favor de sus razones. Sin embargo, sin quitar el mérito de este impacto, hay que considerar que muchos artículos académicos publicados en medios no arbitrados valen en un concurso docente, para opositar a un cargo universitario, en la misma medida que un artículo publicado en una revista arbitrada e indexada. No estoy diciendo que no haya buenos trabajos publicados en revistas no arbitradas ni que carezca de valor publicar en medios de divulgación masiva artículos de una opinión ponderada, ni nada de eso, pero es extraño que “toda” una carrera académica “exitosa” dependa *en gran medida sólo* de estas publicaciones.

abogados, al menos los de mi facultad, tienen serias dificultades para identificar problemas. Esta identificación no se logra solo leyendo “manuales” de investigación. No hay, al menos no de forma evidente, algoritmos que nos permitan llegar a plantear un problema genuino y relativamente original. El talento para identificar y mostrar problemas es una habilidad cognitiva que se logra con duro entrenamiento. Ese entrenamiento, en el caso de los juristas que decidan dedicarse a la llamada “dogmática jurídica” o a la teoría jurídica, no pasa más que por leer, pensar, escribir, discutir... y así indefinidamente. Todo lo demás, que se reviste bajo el pomposo e impactante título de “metodología”, como ha dicho Enrique Haba (2007), parece un “cuentito más”. Para críticas en un sentido semejante Minor Salas, 2007.

El tercer riesgo consiste en creer que el doctorado ofrece cosas que no necesariamente debe ofrecer y que yo pondría en duda que *deba* ofrecer. Un doctorado en derecho no tiene por misión esencial e inmediata u obvia, ofrecer un instrumental para mejorar la performance del abogado en cuanto litigante. No se ponen en juego en un doctorado, en general, habilidades de tipo práctico, sino teórico. Esto no significa desconocer que las habilidades teóricas no puedan tener un impacto en la mejora de cierta performance en la práctica. Pero la formación intelectual de un doctorado, en principio, y en todo caso de manera explícita, pasa por desarrollar habilidades teóricas o cognitivas. Estos temas están muy confundidos en la (in) conciencia de los abogados que fatigan el doctorado en derecho de mi universidad.

El cuarto riesgo consiste en pensar que el doctorando solo tiene que obsesionarse en forma exclusiva con la investigación del área de problemas que ha identificado con el propósito de doctorarse algún día. Antes que nada ese “algún día” no puede hoy referirse a diez años de investigación. La tesis doctoral no es el corolario de una larguísima carrera donde el doctorado se obtiene en la senectud. Más bien, una tesis es una “buena excusa” para formarse como investigador del derecho. Pero, cuando hablo de formación, no estoy pensando solo en dominar un área específica de problemas objeto de una investigación doctoral determinada. No cuestiono el dominio y la especialización de un conjunto de problemas, disciplinas, métodos y teorías. Pero el horizonte intelectual de un doctorando en derecho tiene que ser generosamente amplio. El derecho es un producto cultural complejo, con una larga historia detrás, con condimentos conceptuales cada vez más sofisticados y con una línea de discusiones abiertas cada vez más ricas. Por tanto, si un doctorando hace, por ejemplo, una tesis sobre la sustentabilidad fiscal de los derechos sociales, ello no significa que no deba tener una buena base filosófica y cultural general. Un doctorando debería verse como un intelectual en evolución y no solo como un técnico que irá a parar al cementerio de los especialistas en la temática de cuántos ángeles caben en la punta de un alfiler.

El quinto riesgo, que es un aspecto específico y desagregado del anterior, consiste en creer –y auto engañarse– que el doctorado es para terminar haciendo una *monografía* más larga que una tesina de maestría. De este modo, hacer un doctorado consiste en disponerse a escribir un texto de 250 o 300 páginas ¡Otro brutal error!, esto es lo que está pasando en la facultad de derecho de mi Universidad. Una monografía larga, de relevancia teórica por lo menos controversial, y de insuficiente fundamentación intelectual, puede terminar erigiendo a su portador en un Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, título que expide mi Facultad. Pero es trivializar la formación intelectual y termina deslegitimando la obtención de los doctorados.

El sexto riesgo pasa por tornar esquizofrénicos los sistemas académicos de un país. En el mío, el máximo organismo científico llamado CONICET otorga becas de investigación doctoral tras un riguroso, aunque por supuesto falible, procedimiento de selección. Los abogados que logran una beca pueden considerarse afortunados. Al menos saben que durante cinco años, si hacen bien las cosas, contarán con un módico estipendio que les ayudará a concentrarse mejor en su formación intelectual. Sin embargo, cuando varios de los proyectos doctorales de estos noveles becarios llegan a mi Facultad, muchos miembros de tribunales de admisión doctoral juegan de manera diferente y contrapuesta, poniendo en duda la plausibilidad sustantiva y/o metodológica del proyecto. No estoy diciendo que esto no sea intelectualmente defendible, solo quiero sugerir que es algo extraño que un proceso de selección colectiva rigurosa como el de CONICET, sea desconocido con argumentos pobres posteriormente en mi Facultad, con el riesgo de establecer una esquizofrenia académica e institucional y con la consecuencia posible de frustrar un proyecto intelectual y de vida en el joven becario.

## 2.2 Una arquitectónica básica

Cualquier arquitectura básica de un doctorado en derecho tiene que tener en cuenta, en mi opinión, dos grandes dimensiones del derecho. Una de tipo *local o parroquial*, vinculada, a su vez, a una de *tipo global e internacional*, y otra, de tipo *más conceptual y general*.

Empezando por la primera, un buen doctorado en derecho no puede desconocer los problemas diversos que acompañan o aquejan a la creación, interpretación, aplicación o estudio del derecho de un cierto país, considerando las características sociales, históricas y de cultura jurídica de ese país. Así, en un país como Colombia, un buen jurista no puede desconocer el modo en que las comunidades campesinas e indígenas viven –o sufren– el derecho, el modo en que el aparato narco está por fuera y por dentro del Estado, el modo en que están diseñadas constitucional y

fácticamente las elecciones de gobernadores o presidentes y un muy largo etcétera. A esto lo llamo la dimensión local o parroquial. Esta dimensión, a su vez, entra en relación dialéctica con el contexto global e internacional: con los países con los que se comercia, se importa o exporta, se celebran tratados económicos, culturales, políticos, etc.

El segundo aspecto no es parroquial ni global: es conceptual. Se refiere al derecho como concepto o categoría que es susceptible de estudio y discusión con relativa independencia de su parroquia más o menos local y de sus conexiones más o menos globales. Ambas dimensiones, me parece, deben tener un cierto papel a la hora de pensar en una arquitectónica de un doctorado en derecho. Por supuesto, mi distinción entre estas dos dimensiones no niega la posibilidad y fertilidad de combinar elementos interesantes de ambas en el diseño curricular de un doctorado. Por ejemplo, es probable que temas clásicos para una investigación sobre el derecho, como el de la naturaleza del poder, el problema de la legitimidad política, el de la estabilidad de un orden jurídico, el problema del conservadurismo de las élites que gobiernan ocasional o en forma relativamente perenne, estén en los contenidos de un doctorado. A ellos se les podrían sumar otros como las asimetrías o desigualdades de facto de la sociedad colombiana, el complejo problema de la violencia, la pobreza, etc. El tratamiento serio de estas temáticas, debería también traducirse en el tipo de *actitudes, habilidades y roles* que tanto profesores como doctorandos deberían cumplir. Una buena síntesis de este complejo de actitudes y habilidades debería cristalizarse en una fórmula: la de un *jurista crítico en el siguiente y específico sentido* de estar dispuesto a revisar con los mejores argumentos, esto es con las mejores razones (empíricas, normativas, conceptuales, etc.), el tipo de derecho que se le ha transmitido o se le intenta transmitir en tanto que objeto de un cierto tipo presunto de conocimiento.

El complejo de actitudes y habilidades al que refiero en el párrafo anterior, puede ser potenciado por una arquitectura curricular adecuada. Que hable de arquitectura curricular presupone que aquí referiré a un doctorado *estructurado*. Aunque hay diversas modalidades para un doctorado, creo que uno de tipo estructurado resuelve algunos problemas recurrentes y acuciantes de muchas facultades de derecho latinoamericanas, particularmente en el *grado*. Estos problemas son, fundamentalmente, dos: i) la falta de sensibilidad por una formación teórica basada en una investigación sistemática de largo aliento sobre el derecho; ii) la carencia de herramientas adecuadas de comprensión, discusión y crítica argumentada de los órdenes jurídicos vigentes. Bajo estas condiciones más o menos extendidas, a continuación, quiero esbozar una propuesta parcial de arquitectura de un doctorado en derecho *hipotético* para facultades de derecho de Latinoamérica. Esta arquitectura debería

estar iluminada por un conjunto aceptable de principios epistémicos guía. Tales principios-guía están basados en las tesis que defendí en la primera parte, a saber:

- I. El derecho como objeto condensa intuiciones básicas rivales; y esta conflagración de intuiciones es marca de identidad del derecho como objeto, virtud intelectual del campo y fuente de motivación para tener un doctorado.
- II. Es plausible defender un pluralismo metodológico y teórico que no es lo mismo que un relativismo del todo vale. El pluralismo que permite conjurar el riesgo del todo vale se asienta en una serie de *desideratas* que explicité en la primera parte cuando me referí al ideal de argumentación racional ampliamente entendida.
- III. No sólo el derecho *qua* objeto es disputable; también lo son los propios instrumentos que pretenden fungir como pautas de conocimiento. Hay una discusión sobre el estatus de las disciplinas, conceptos, métodos y teorías jurídicas, y esta discusión se establece con base en una relación dialéctica de discusión que va desde el objeto a las teorías y de las teorías al objeto.
- IV. Es útil y posible distinguir tres tipologías de teorías jurídicas: empíricas, analíticas y normativas, estas tipologías pueden combinarse con provecho en la práctica de conocimiento del derecho.
- V. Es esclarecedor distinguir aspectos “macro”, de aspectos “micro” en el estudio del derecho.
- VI. Es posible discernir entre una aproximación *externista* y una *internista* al derecho como fenómeno particular.

Expuestos los principios-guía, el doctorado *hipotético* (o *ficcional* si se quiere) que tengo en mente, podría conformarse de las siguientes franjas. La citación es solo ejemplificativa y no está en beligerancia con otros contenidos curriculares que puedan resultar pertinentes.

Un núcleo central conformado por el dominio de disciplinas de mayor impacto en la comprensión crítica racional del derecho *qua* objeto de conocimiento. A título de ejemplo diría que tal núcleo debería ofrecer rudimentos de epistemología de las ciencias sociales y epistemología jurídica, concepciones de la argumentación y la interpretación, teorías de los derechos humanos, teorías del derecho internacional, teoría y filosofía del derecho, ciencia política y filosofía política (esta última, especialmente dedicada a discutir teorías de la justicia), historia del pensamiento jurídico-político, filosofía moral (en particular, dedicada a temas básicos de ética normativa), estudios de literatura, moral y derecho, sociología y criminología jurídicas que expliquen, por ejemplo, los estratos de desigualdad o las causas de la

violencia o el conflicto armado de un país como Colombia y teoría constitucional (en sus diversas concepciones contemporáneas), aplicada al análisis riguroso e imaginativo de la jurisprudencia constitucional del propio país.

Luego debería considerarse un *núcleo metodológico*. Los conocimientos sustantivos del núcleo central, así como de las áreas más específicas en que pueda estratificarse, no llegan a buen puerto sin pautas básicas de *cómo* transitar la formación, elaboración y discusión de una tesis o investigación. Por esto, se requiere un núcleo metodológico integrado por materias como metodología de las ciencias sociales, metodologías de la dogmática jurídica, metodología filosófica, etc. Además, debería haber talleres o seminarios de cómo elaborar proyectos de tesis doctoral, así como un seminario de cómo encarar con buenas estrategias la elaboración, estructuración y redacción de una tesis doctoral.

Transitados los dos núcleos antes mencionados, el doctorando podría contextualizar su trabajo en alguna gran área. Es verdad que la distinción “derecho público-privado” es problemática, pero creo que con cierta cautela podría pensarse en dos grandes áreas: una propia de problemas del derecho privado (teoría de la responsabilidad civil contractual, extracontractual, teoría de las obligaciones, análisis económico del derecho, etc.) y otra área de derecho público (teorías del acto administrativo, responsabilidad del Estado, responsabilidad penal y teoría del delito, etc). Es más, estas dos grandes áreas podrían ser luego estudiadas a través de *Seminarios específicos*.

Por último, se podrían plantear *conferencias focalizadas en un tema*, donde destacados intelectuales ofrecieran la discusión de algún problema o metodología que no han sido abordados en el doctorado, como puede ser en cuestiones de antropología jurídica, análisis sociolingüístico del discurso, etc.

## Referencias

- García Villegas, M. (2010). *Normas de papel. La cultura del incumplimiento de reglas*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- Garzón Valdés, E. (1982). “Acerca de las funciones del derecho en América Latina”. *Cuadernos de la Facultad de Derecho*. (3), 21-47.
- Haba, E. (2007). “Métodos” para la investigación jurídica: ¡un cuentito más! Primera Parte. *Estudios de Derecho*, 64 (144), 123-145.
- Haba, E. (2008). “Métodos” para la investigación jurídica: ¡un cuentito más! Segunda Parte. *Estudios de Derecho*, 65 (145), 127-160.

- Lariguet, G. (2007). *Dogmática Jurídica y Aplicación de Normas*. México: Fontamara.
- Lariguet, G. (2008). *Problemas del conocimiento jurídico*. Buenos Aires: Ediar.
- Lariguet, G. (2011). Reducción teórica en la ciencia jurídica: notas sobre las estrategias normativa y empírica de estudio del derecho. *Estudios de Derecho*, 68 (151), 235-267.
- Lariguet, G. (2013). El aguijón de Aristófanes y la moralidad de los jueces. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*. (36), 107-126
- Lemaitre, J. (2009). *El derecho como conjuro*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes.
- Peláez, Á. & Suárez, R. (Coords.). (2010). *Observaciones filosóficas en torno a la transdisciplinariedad*. México: Anthropos-UAM Cuajimalpa.
- Salas, M. E. (2007). “Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”. *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, (27), 111-142
- Uribe, R. (2010). Reflexiones sobre el plan de estudios: ¿reforma o mampostería curricular? *Diálogos de Derecho y Política*, (4), Año 2, 1-13



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Presencias invisibles en el templo  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.10 x 1.20 m  
Año: 1992

## ***Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable\****

---

\* Artículo de reflexión. Producto de la investigación “Lógica jurídica y conceptos fundamentales de la teoría del derecho: Análisis y propuestas”, desarrollada como trabajo de grado para optar al título de Abogado en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Terminada el 08 de mayo de 2014.

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n159a10](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a10)

Fecha de recepción: 25 de marzo de 2015

Fecha de aprobación: 30 de abril de 2015

# Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable

*Esteban Buriticá Arango*<sup>1</sup>

## Resumen

En este trabajo exploro las posibles implicaciones de la “derrotabilidad” en la aplicación de la lógica deductiva al lenguaje del derecho, presentando una reconstrucción del significado de “norma derrotable” en la filosofía del derecho contemporánea y analizando los argumentos que conciben la derrotabilidad como una característica esencial de las normas jurídicas. El propósito central del artículo, además de recalcar la ambigüedad del término “derrotabilidad”, es evaluar hasta qué punto algunas de las nociones usuales de “norma” o “razonamiento derrotable” resultan incompatibles con los principios de la lógica deductiva.

**Palabras clave:** derrotabilidad, norma jurídica, razonamiento jurídico, lógica deóntica.

## Defeasibility and legal rules: on the (supposed) necessity for a defeasible logic

### Abstract

In this paper I explore the possible implications of “defeasibility” in the application of a deductive logic to the language of law, presenting a reconstruction of the meaning of “defeasible rule” under the philosophy of contemporary law and analyzing the arguments that conceived defeasibility as an essential feature of legal rules. The main purpose of the paper, besides making emphasize on the ambiguity of the term “defeasibility”, is to assess to what extent some of the usual notions of “defeasible rule” or “defeasible reasoning” are incompatible with the principles of deductive logic.

**Keywords:** defeasibility, legal rule, legal reasoning, deontic logic.

---

<sup>1</sup> Abogado, egresado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. E-mail: esteban.buriticaa@gmail.com

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Buriticá, E. (2015). Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 215-247. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a10

# Derrotabilidad y razonamiento jurídico: sobre la (supuesta) necesidad de una lógica derrotable

## Introducción

En su artículo de 1949, *The ascription of responsibility and rights*, Hart acudió por primera vez al término “derrotabilidad” para explicar la manera en que los conceptos jurídicos pueden ser excepcionados en contextos de información incompleta. Desde entonces han sido numerosos los estudios que denuncian la incapacidad de la lógica para operar sobre reglas jurídicas “derrotables” y los que se inclinan por reformular aquellos aspectos que hacen incompatibles el razonamiento deductivo y la derrotabilidad. En este escrito reconstruiré algunos de los sentidos que la teoría del derecho contemporánea atribuye al término “derrotabilidad” y analizaré los argumentos que sugieren que esta es una característica esencial o meramente posible de las normas y el razonamiento jurídico.

La derrotabilidad fue tratada originalmente como un problema relativo al razonamiento de sentido común y estudiada con particular interés en el campo de la inteligencia artificial (AI). Los teóricos de AI pretendían construir sistemas lógicos cuyas conclusiones, obtenidas en contextos carentes de información completa, pudiesen ser desplazadas o derrotadas cuando la información disponible fuera objeto de complementaciones (Prakken & Sartor, 2004, p. 120). El clásico ejemplo expuesto por Marvin Minsky (1988, p. 277) ilustra bien este fenómeno: partiendo de la generalización de sentido común según la cual “todas las aves pueden volar” es posible deducir correctamente que el pingüino *Tweety* puede volar. Una vez se advierte, sin embargo, que los pingüinos no vuelan a pesar de ser aves, la conclusión es rechazada en favor de un nuevo enunciado que resulta, en últimas, más correcto. El razonamiento derrotable puede explicar, por tanto, la adopción de conclusiones en condiciones de normalidad, esto es, cuando no pueden ser verificadas de antemano todas las características relevantes del caso, y el rechazo de las mismas en condiciones de información completa. Para la lógica, y específicamente para algunos modelos de AI que pretendían modelar el razonamiento de sentido común, ello implicaba el abandono del principio según el cual las premisas constituyen en todo caso condiciones suficientes de la conclusión.

En materia ética, la noción de principios *prima facie* desarrollada por D. Ross (1939) sugería también el carácter derrotable del razonamiento moral. Según Ross, los principios éticos considerados aisladamente no permiten deducir obligaciones concluyentes en casos particulares, pues su aplicación exige verificar con anterioridad la existencia de principios contrarios y evaluar de manera conjunta el peso de cada uno de ellos. Las disposiciones genéricas del tipo “no se debe mentir” o “no se debe producir dolor”, proporcionarían apenas soluciones normativas *prima facie* que con posterioridad pueden ser preferidas o excepcionadas por una regla que dispone para el mismo caso una solución contraria. En palabras de Ross (1939, p. 84): “*Moral intuitions are not principles by the immediate application of which our duty in particular circumstances can be deduced. They state [...] prima facie obligations [...] We are not obliged to do that which is only prima facie obligatory*”. Una consecuencia natural de esta postura es que a los principios morales no se les puede atribuir propiedades universalmente relevantes, i.e. válidos (o aplicables) en cualquier circunstancia.

Hart introdujo por primera vez en el ámbito jurídico la expresión derrotabilidad en un pequeño pasaje de su escrito *The ascription of responsibility and rights* (1949). Aunque no exento de ambigüedades, Hart parece apuntar a la estructura básica de aquello que los lógicos y teóricos del derecho han relacionado tradicionalmente con la derrotabilidad, a saber, la posible (o necesaria) existencia de disposiciones que en determinados casos “derrotan” o “desplazan” las soluciones normativas inicialmente deducidas del material jurídico. En el ejemplo proporcionado por Hart (1949, p. 175), la norma que estipula la obligación de cumplir los contratos podría ser derrotada por la norma que estipula la invalidez de aquellos que han sido celebrados mediante coacción (*duress*) o con propósitos inmorales (*contracts made for immoral purposes*). En tales casos, es usual afirmar que el antecedente de la norma condicional aplicada en primer término a un caso (individual o genérico) no constituye razón suficiente para deducir la solución normativa, sino tan sólo una condición necesaria o contribuyente de la misma. Una norma jurídica inderrotable sería entonces aquella que fija de manera exhaustiva las propiedades relevantes del caso en cuestión, de manera que ninguna propiedad sobreviniente al caso elemental pueda desplazar la conclusión inicialmente inferida.

Aunque no son uniformes los enfoques inspirados de la formulación hartiana, la mayoría de ellos identifican la derrotabilidad con dos aspectos básicos<sup>2</sup>: de un lado, dos normas aparentemente compatibles generan soluciones normativas incoherentes

---

2 Véase también: Rodríguez (1997, p. 157; 2002, p. 381, 385). Dice el autor que una consecuencia natural de esta caracterización de la derrotabilidad es que “si en un sistema normativo no existen criterios de preferencia que solucionen todas las posibles contradicciones que en él puedan presentarse, de ello no se sigue que habrá normas derrotables, sino simplemente que habrá contradicciones”.

frente a un caso dado, y por otro, la aplicación de criterios de preferencia determinan qué norma debe prevalecer. Por supuesto, esta “derrota” o “desplazamiento” de la solución normativa no implica que la norma derrotada sea eliminada del sistema jurídico, sino tan solo que su aplicabilidad al caso concreto sea excluida por la otra norma. Para seguir el ejemplo de Hart (1949, p. 175), si asumimos que dos sujetos han celebrado un contrato de venta válido sería correcto deducir –conforme a la norma según la cual los contratos deben ser cumplidos– que tanto el comprador como el vendedor están obligados satisfacer sus respectivas prestaciones. Pero, si además se asume que el contrato ha sido celebrado mediante coacción, lo correcto sería deducir –conforme a la norma que considera inválidos este tipo de “contratos”– que el vendedor no tiene obligación alguna. La adopción de esta última respuesta no implica que deba ser eliminada del sistema la norma que ordena el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los contratos, sino tan solo la introducción de una o varias excepciones en sus condiciones de aplicabilidad (antecedente de la norma condicional). A continuación expondré dos perspectivas desde las cuales puede reconstruirse este fenómeno.

## 1. Derrotabilidad, contradicciones normativas y sistematización del derecho

En un primer sentido, la derrotabilidad puede ser relacionada con el proceso de identificación y solución de contradicciones parciales en un determinado sistema jurídico. De esta manera, el análisis de las normas derrotables estaría reducido a la deducción de consecuencias normativas con base en un caso genérico y dos enunciados jurídicos incompatibles, e implicaría la posterior aplicación de metanormas de prioridad. Aquí no adquiriría especial relevancia la aplicación de normas generales a casos individuales, aunque en principio sería posible formular hipótesis como instancias particulares del caso genérico respectivo.

Un ejemplo recurrente en la literatura especializada es el que relaciona la norma  $n_1$  (“todo el que mate a otro debe ir a prisión”) con la norma  $n_2$  (“está prohibido que los menores de edad vayan a prisión”) y el caso genérico  $c$  (“matar a otro y ser menor de edad”). Aunque la formulación de las normas  $n_1$  y  $n_2$  resulta en un principio compatible y no genera contradicciones para todo caso genérico en los que aparezcan separadas las propiedades del caso  $c$ , sí dan lugar a una solución inconsistente para la conjunción de ambas propiedades: si alguien es menor de edad y comete un homicidio, entonces *debe ir a prisión* y *no debe ir a prisión*. En tal circunstancia, solo aplicando algún criterio que de prioridad a una de las normas  $n_1$  o  $n_2$  puede evitarse la deducción de la norma contradictoria  $n_3$  y hacer consistente

al conjunto normativo. En la práctica los juristas suelen reformular una de las normas en conflicto, de manera que incluya una excepción en su antecedente. En el caso considerado c, la mayoría estaría de acuerdo en que la norma que prohíbe el ingreso a prisión de los menores de edad prevalece sobre la norma que ordena el ingreso a prisión de los homicidas. En tal caso, la norma  $n_1$  podría formularse como  $n_1'$ : “quien mate a otro y no sea menor de edad debe ir a prisión”, cuya estructura resulta compatible con la norma  $n_2$ .

Si se analiza detenidamente esta noción de derrotabilidad, puede advertirse que las condiciones bajo las cuales una norma es derrotada por otra dependen en gran parte las modificaciones efectuadas por el intérprete al conjunto de normas y casos genéricos inicialmente considerados. Esas modificaciones ocurren usualmente en el proceso de sistematización del sistema normativo (donde especifican de manera paulatina las relaciones de implicación entre casos y soluciones) y pueden darse tanto en las normas como en los casos genéricos tomados en cuenta. En efecto, si se adicionan normas a un sistema inicial con base en el cual se dedujeron determinadas soluciones coherentes para un caso genérico, pueden ser posteriormente derivadas soluciones incoherentes para el mismo caso. Para ejemplificar, supóngase un caso genérico  $a \wedge b$  y un sistema jurídico  $S_t$  conformado por las normas  $a \rightarrow Oq$  y  $b \rightarrow Pp$ <sup>3</sup>. En principio, el intérprete puede deducir las soluciones normativas coherentes  $Oq$  y  $Pp$ . Pero, si al sistema  $S_t$  le adiciona el intérprete la norma válida  $b \rightarrow O\neg p$ , serán deducibles las soluciones incoherentes  $Pp$  y  $O\neg p$ , para el mismo caso  $a \wedge b$ . En este sentido, una variación en el sistema normativo ha generado una contradicción respecto de la cual el intérprete deberá decidir si una de las normas incoherentes derrota a la otra y en qué medida la derrota (o la excepciona).

Algo similar ocurre si lo que se modifica no es el sistema jurídico  $S_t$  sino los casos genéricos considerados. Puede pensarse un sistema  $S_t$  conformado por las normas  $a \rightarrow Oq$ ,  $b \rightarrow Pp$  y  $b \rightarrow O\neg p$ , y un caso genérico  $a$  analizado por el intérprete. Inicialmente, el sistema  $S_t$  arroja la solución normativa  $Oq$ , pero una vez se introduce el caso genérico  $a \wedge b$  se produce la incoherencia  $O\neg p \wedge Pp$ <sup>4</sup>. En este caso, una modificación en el contexto “fáctico”<sup>5</sup> de casos genéricos es la que produce la

- 
- 3 El sistema hipotético  $S_t$  no lo tomo aquí como un “sistema jurídico vigente en un país y en un momento determinado” sino como una reconstrucción parcial del mismo.
  - 4 A esto se refieren igualmente Navarro & Rodríguez (2000, p. 65): “el estatus normativo de una acción puede variar cuando se modifica el conjunto de casos considerados, aun cuando las normas del sistema permanezcan constantes”.
  - 5 Refiriéndose a hechos particulares y no a casos genéricos, Rodríguez (2005, p. 21) señala la misma idea: “variando la información disponible acerca de los hechos de un caso particular, una norma que se consideraba relevante para la solución puede dejar de serlo o bien una norma reputada irrelevante puede volverse relevante.

contradicción normativa que –según determine el intérprete- puede estar sujeta o no a la derrotabilidad.

Este análisis permite contemplar un aspecto central del razonamiento derrotable. Como han señalado Navarro & Rodríguez (2000) y el mismo Navarro (2005, pp. 113-115), las operaciones ligadas a la derrotabilidad tienen importantes implicaciones en la labor de sistematización del derecho. La identificación y posterior solución de las contradicciones normativas parciales (inherentes a la derrotabilidad) permiten analizar la coherencia y completitud del sistema conforme a una determinada tesis de relevancia<sup>6</sup>. En efecto, las contradicciones generadas por la norma derrotada y su *defeater* suelen manifestarse solo en ciertos niveles del universo de casos considerados, mientras que su superación a través de la inclusión de excepciones en la norma derrotada implica –casi siempre- la introducción de lagunas en un nivel más fino del universo de casos. En otras palabras, la labor de identificar contradicciones parciales entre normas y la labor de revisión del antecedente encubre usualmente un cambio de nivel en el número de propiedades relevantes consideradas y generan cierta dinámica entre los conceptos de coherencia y completitud del sistema normativo analizado. Como afirma Navarro (2005, p. 117): “(...) dado que mientras la totalidad se hereda de casos menos finos hacia casos más finos, la coherencia se comporta en sentido inverso, ya que se hereda de los casos más finos hacia los menos finos. La estrategia de revisión del antecedente resuelve el problema de la coherencia en el universo de casos más fino, pero al precio de introducir una laguna en el universo de casos menos fino”<sup>7</sup>. Así, por ejemplo, si tomamos las normas  $a \rightarrow Pq$  y  $b \rightarrow O\neg q$ , y los casos  $a$ ,  $b$  y  $a \wedge b$ , podemos advertir que la solución del conflicto normativo con base en una meta-norma de prioridad que permita la formulación de las dos nuevas normas (1)  $a \wedge b \rightarrow O\neg q$  y (2)  $a \wedge \neg b \rightarrow Pq$  implica generar una laguna respecto de los casos  $a$  y  $b$ <sup>8</sup>.

Casos	Soluciones
$a \wedge b$	$O\neg q$
$a \wedge \neg b$	$Pq$
$a$	$x$
$b$	$x$

6 Sobre los conceptos de propiedad relevante, tesis de relevancia y universo de casos relevantes (Alchourrón & Bulygin, 1971, p. 153).

7 Sobre el concepto de universo de casos más o menos finos ver: Alchourrón & Bulygin (1971, p. 146). Los autores demuestran que la completitud de los sistemas normativos se hereda del universo de casos menos fino a universos menos finos, mientras que la coherencia se hereda en sentido inverso.

8 Alternativamente, podría reformularse la norma (2) como  $a \rightarrow Pq$ , en cuyo caso se generaría una laguna normativa para los casos  $a \wedge \neg b$  y  $b$ .

De esta manera, mientras que el universo de casos más fino se torna consistente (y completo) respecto de la propiedad  $a$ , se introducen simultáneamente lagunas normativas en el universo de casos menos fino. La norma ( $a \rightarrow Pq$ ) podría reformularse así como una norma derrotable en el caso  $a \wedge b$ .

Como puede advertirse, la lógica desempeña una importante función en la comprensión de la derrotabilidad: brinda los parámetros formales que permiten determinar si dos normas aparentemente compatibles implican una norma inconsistente, y en qué medida las posibles soluciones al problema son lógicamente admisibles. Las reglas de la lógica, no obstante, no son útiles a la hora de determinar qué solución normativa debe privilegiarse, y tampoco contribuyen de manera decisiva en su búsqueda. Como afirman Ferrer & Ratti (2012, p. 21) “*logic do not provide a solution for antinomies... deductive logic is not meant to provide tools for solving normative conflicts; it is only meant to offer tools to detect them*”. En este sentido, el problema de la derrotabilidad de las normas jurídicas no puede ser reducido a un problema exclusivamente deductivo. La fijación de los criterios de preferencia no es una labor lógica, y los criterios como la regla *lex specialis* son apenas reglas jurídicas contingentes o criterios de interpretación no vinculantes.

Existen por lo menos dos dificultades relacionadas con los criterios de preferencia. En primer lugar, los juristas suelen aplicar no solo una, sino varias reglas de prioridad a la hora de solucionar incoherencias normativas (*lex specialis*, *lex posterior* y *lex superior*, entre otras), dependiendo del tipo de contradicción. Cuál sea el criterio aplicable en un caso concreto depende del modo en que el jurista interprete la situación particular y esa interpretación obedecerá en un buen número de casos a factores extrajurídicos<sup>9</sup>. Por supuesto, algunas circunstancias excluirán por su misma naturaleza la aplicación de ciertos criterios: por ejemplo, cuando dos normas proporcionan soluciones normativas incompatibles en toda circunstancia (o para cualquier instancia de su caso genérico) no sería aplicable el criterio *lex specialis*. De manera similar, el sistema jurídico podría incluir reglas positivas que jerarquicen las reglas y aproximen en buena medida *la solución* de incoherencias normativas, pero una formulación de esa naturaleza sería contingente. La ordenación jerárquica de los criterios, además, no puede solucionar todos los casos posibles (v.gr. cuando las normas contradictorias fueron promulgadas en igual tiempo y

9 Al respecto, Ferrer & Ratti (2012, p. 19) sostienen: “As an account of ordinary legal reasoning, however, it is more than doubtful that the principle of specificity has a general scope as a principle of priority among conflicting norms. In many cases, in fact, the criterion *lex specialis* competes with (and is often defeated by) other criteria, such as *lex superior derogat legi inferior* and *lex posterior derogat legi priori*. Specifically, the relationships among the criteria for solutions of normative conflicts are contingent and changing, and no logic can be built in order to capture the very nature of conflicting solving in normative reasoning, for the simple reason that such a thing does not exist”

poseen igual rango y generalidad), mientras que la ordenación no jerárquica parece sometida inevitablemente a contradicciones (v.gr. cuando la norma especial es a su vez una norma de rango inferior y promulgación posterior).

En segundo lugar, la noción misma de “especialidad” en la *lex specialis* no es muy clara. Si se observa detenidamente, la simple contradicción entre el *defeater* y la norma derrotada no permite inferir que la primera sea una excepción de la segunda o que la segunda posea en ese momento una formulación incompleta (o derrotable). Por ejemplo, de las normas  $n_1$  y  $n_2$  ya señaladas, podría decirse también que  $n_1$  derrota a  $n_2$ , de manera que aquella sea una excepción de esta: “ $n_2$ : está prohibido que quien es menor de edad y no haya asesinado a otra persona vaya a prisión” (es decir, en virtud de la norma  $n_1$ , se deja abierta la posibilidad de que quien haya asesinado a otra persona deba ser condenado a prisión sin importar su edad). En todo caso, a este tipo de conclusiones solo se llega luego de un proceso interpretativo que permita, por un lado, descartar la aplicación de otros criterios, y por otro, concretar la noción de especificidad en el caso en cuestión.

## 2. La derrotabilidad como un problema del razonamiento jurídico en la aplicación de normas

Quizá el sentido más usual que se atribuye al término “derrotabilidad” en el ámbito jurídico sea el que considera las normas y los razonamientos derrotables como un problema específico de la aplicación de normas a *casos individuales*. Este enfoque se encuentra íntimamente relacionado con el uso de argumentos jurídicos en contextos institucionales (aunque no solo en ellos), e incluye entre las posibles fuentes de derrotabilidad elementos de naturaleza procedimental. Suele ir de la mano de teorías diversas acerca de la naturaleza del razonamiento jurídico y las propiedades lógicas del lenguaje de las normas. Sus implicaciones no excluyen, además, el estudio de la derrotabilidad a nivel de casos genéricos y soluciones genéricas, por lo que ambos enfoques pueden tomarse como versiones de un mismo fenómeno.

Volviendo al ejemplo inicial, si suponemos un *caso individual* en el que Pedro, siendo menor de edad, asesina a otra persona, podemos deducir con base en las normas  $n_1$  y  $n_2$  (por *modus ponens* e introducción de la conjunción) que el juez tiene la obligación específica de condenar a Pedro y de no condenarlo:  $Op \wedge O\neg p$ . En una circunstancia de este tipo, es altamente probable que el juez vea sólo una “contradicción aparente” e interprete la norma  $n_2$  como una excepción de la norma  $n_1$ , de manera que su antecedente incluya una condición negativa de aplicabilidad y resulte de esa manera derrotable. Nótese que a diferencia del problema ya analizado

en la sección anterior, en el presente caso han sido deducidas soluciones normativas individuales y el criterio de prioridad tendrá como referencia tal característica.

Algunos autores han adoptado esta idea básica de derrotabilidad y la han introducido en un contexto institucional del razonamiento jurídico, en lo que desde entonces se denomina “enfoque procesal” de la derrotabilidad. Para Prakken & Sartor (2004), por ejemplo, la derrotabilidad de las normas y el razonamiento jurídico solo pueden ser caracterizados correctamente si se toman en cuenta las reglas que rigen los procesos de aplicación, especialmente el modo en que las partes en conflicto proponen y fundamentan sus pretensiones. Lo que aquí interesa no es únicamente la posibilidad de que en un razonamiento jurídico la suma de información sobre los hechos o sobre el derecho de lugar a soluciones normativas que excluyen una inferencia lógica previa, sino también la manera en que eso se manifiesta en los procesos judiciales. En este sentido, el análisis lógico es importante (aunque, según los autores, solo en el sentido de lógica “derrotable” o “no-monotónica”), pero en un marco institucional.

La estructura del razonamiento derrotable puede ser caracterizada desde este punto de vista como sigue: “The proponent starts with an argument for the statement he wants to prove, after which the players take turns, moving one argument at a time. The opponent’s task is to attack the proponent’s last-moved argument with a conflicting argument. The proponent’s task then is to prove that this attack is unsuccessful” (Prakken & Sartor, 2004, p. 124). De esta manera, las inferencias efectuadas con base en la información en un comienzo proporcionada por el demandante son eventualmente derrotadas por la información que proporciona el demandado o, si se quiere, los argumentos y las premisas normativas utilizadas por una de las partes derrotan los argumentos y las premisas normativas utilizadas por la otra.

Este enfoque procesal de la derrotabilidad suele reforzarse con las supuestas implicaciones que tiene la regla de la carga de la prueba en la derrotabilidad del razonamiento jurídico. Según Prakken & Sartor (2004), por ejemplo, la importancia de la carga de la prueba en el estudio de la derrotabilidad radicaría en que es justamente dicha regla la que en un buen número de casos autoriza (u ordena) la derivación de determinada solución deóntica en casos individuales, sin necesidad de probar todas las condiciones previstas por la norma<sup>10</sup>. Por ejemplo, algunos sistemas de derecho civil permiten deducir la obligación que tiene el demandado de cumplir sus obligaciones contractuales si el demandante prueba únicamente la

10 “The outcome of a legal dispute often depends not only on the statements and arguments exchanged, but also on the “propositional attitudes” expressed by the parties involved (such as when a claim was disputed, conceded, or not responded to) and on how the burden of proof is allocated” (2004 p. 126).

existencia de un contrato válido. En este caso es el demandado quien tendría la carga de probar las posibles excepciones (v. gr., que la obligación ya ha sido pagada, que no se ha efectuado la respectiva contraprestación, etc.), y solo cuando sean aportadas las pruebas pertinentes podrá el juez concluir con base en ellas que el demandado no tiene obligación alguna en virtud del contrato, aun cuando subsista el hecho probado por el demandante (la existencia de un contrato válido). De esta manera, la derrotabilidad del razonamiento jurídico (referente a casos individuales) dependería de un contexto institucional en el que se hace indispensable el intercambio de argumentos y la asignación de la carga de la prueba.

### 3. ¿Es la derrotabilidad un aspecto esencial del razonamiento jurídico?

Hasta aquí he analizado dos sentidos que pueden atribuírsele al término “derrotabilidad”. He dicho que las normas jurídicas suelen incluir excepciones implícitas que permiten desplazar soluciones adoptadas con base en un universo de casos menos fino (ya sea a nivel de casos genéricos o casos individuales). He insinuado también que con base en la derrotabilidad de las normas, se ha difundido la tesis según la cual el razonamiento jurídico y los argumentos basados en normas son igualmente derrotables. El punto a discutir a continuación es si esta última tesis puede generalizarse, es decir, si las normas jurídicas son esencialmente derrotables y ello implica asumir en todo caso el carácter no monotónico del razonamiento jurídico.

En su versión original, la lógica deóntica de von Wright (1951) conserva las propiedades inferenciales de la lógica clásica, incluyendo su carácter monotónico. En una deducción ordinaria, ello implica que si la solución normativa  $Op$  se sigue lógicamente de un conjunto de enunciados  $\alpha$ , entonces  $Op$  pertenece también al conjunto de consecuencias de  $\alpha \cup \{B\}$ . En otras palabras, no podría ser el caso que una solución normativa se siga de un conjunto de enunciados  $\alpha$  y no se siga de otro que incluya todos los elementos de  $\alpha$ <sup>11</sup>. Este es el denominado principio de monotónia de la lógica deductiva y suele expresarse en términos de teoría de conjuntos ( $\alpha \vdash A$ , entonces  $\alpha \cup \{B\} \vdash A$ ). También hace parte de los axiomas metalingüísticos que definen la noción clásica de consecuencia lógica (Palau, 2002, 2005).

---

11 Una definición equivalente puede encontrarse en Hage (2003, p. 222): “A system of logic is monotonic, if and only if it is such that if a set of sentences  $S'$  is a superset of  $S$ , the set of conclusions  $C'$  that follow according to this logic from  $S'$  is a superset of the set  $C$  of conclusions that follow from  $S$ . A system of logic is non-monotonic if and only if it is not monotonic”.

En el cálculo deóntico el principio de monotonía se refleja en la ley del refuerzo del antecedente  $\vdash ((a \rightarrow Op) \rightarrow ((b \wedge a) \rightarrow Op))$ , según el cual la adición de fórmulas atómicas a un conjunto de premisas  $\alpha$  no elimina las conclusiones deducidas a partir de  $\alpha$ . En este sentido, la conectiva condicional ( $\rightarrow$ ) del sistema de von Wright conserva las propiedades inferenciales de la lógica clásica, lo que implica que el antecedente del condicional (caso elemental) constituye razón suficiente para deducir el consecuente (solución normativa).

Si se conserva la propiedad de monotonía en la noción de consecuencia lógica, o una versión fuerte del condicional material ( $\rightarrow$ ), las deducciones con normas podrían arrojar incoherencias del tipo mencionado anteriormente. Es con base en estos principios que resulta posible aplicar reglas de inferencia como el *modus ponens*. Las denominadas lógicas no monotónicas o derrotables, por el contrario, tratan de superar el problema de las contradicciones renunciando o bien a la ley de monotonía o bien a una caracterización fuerte del condicional material. Su propósito fundamental es expresar el carácter no concluyente (o no suficiente) de las condiciones de aplicabilidad fijadas por las normas condicionales, y permitir que una solución normativa sea desplazada por otra aun cuando la información inicial siga presente.

Junto con el principio de monotonía y la ley del refuerzo del antecedente (propios del condicional material clásico), las lógicas no monotónicas y derrotables renuncian a la regla del *modus ponens* y a lo que tradicionalmente se ha conocido como el “silogismo jurídico”. En efecto, el *modus ponens* implica  $a$ , y es implicado por, la ley del refuerzo del antecedente, por lo que si se renuncia a uno de ellos debe renunciarse al otro:  $(a \rightarrow Op) \rightarrow ((b \wedge a) \rightarrow Op) \leftrightarrow ((a \rightarrow Op) \wedge a) \rightarrow Op$ . La consecuencia natural de este cambio es la pérdida de aptitud inferencial de la lógica deóntica y su incapacidad para explicar aspectos centrales del razonamiento jurídico, principalmente la aplicación judicial de normas como operación deductiva. Y es que la misma fuerza práctica de los sistemas normativos se vería fuertemente comprometida. Si la lógica deóntica no incluye la regla del *modus ponens*, no podría explicarse (por medio de instrumentos lógicos) que los sujetos normativos obedezcan reglas de carácter general. Por ejemplo, el hecho de que un ciudadano pague cumplidamente sus obligaciones tributarias porque así lo indica la norma  $N_1$  (“todos los ciudadanos deben pagar impuestos”) no podría ser explicado como un proceso deductivo con premisas y conclusiones, sino –quizá– como un fenómeno psicológico o semántico (al respecto, Bayón, 2007).

Aunque en principio resulta posible elaborar una lógica derrotable para el razonamiento jurídico, muchos autores van más allá y consideran que en cuestiones normativas no existe otra alternativa admisible a este tipo de lógicas (Bayón, 2001).

En su opinión, el carácter deductivo de la lógica clásica (monotonía y condicional material) desdibujaría la naturaleza del lenguaje normativo, proporcionando al razonamiento jurídico una formalización con rasgos ajenos a las estructuras derrotables del lenguaje natural. Muchos argumentos han sido aducidos para fundamentar este punto de vista. Quizá los más importantes sean los que se refieren al aspecto procesal de la aplicación de normas jurídicas, a la teoría del cambio de creencias y a la indeterminación de las normas. En lo que sigue trataré de identificar cada uno de estos argumentos y señalar sus deficiencias y posibles virtudes.

### 3.1 El enfoque procesal

El primer argumento es típico de los enfoques procesal-probatorios de la derrotabilidad: el razonamiento jurídico es derrotable porque los argumentos, las premisas y las conclusiones alegadas por una de las partes en el proceso judicial son (o pueden ser) típicamente derrotadas por los argumentos de la contraparte. Como se vio en la sección anterior, la figura de la carga de la prueba es fundamental en este punto: cuando ha sido probada tan solo una de las condiciones previstas en la norma condicional, la solución normativa puede ser derivada aun cuando no hayan sido fijadas las demás condiciones. Inversamente, si la contraparte logra probar tan solo una de las excepciones a la regla, la conclusión inicialmente adoptada puede ser derrotada (sin que se reste fuerza a las anteriores pruebas). En términos procesales (Bayón, 2001), puede decirse que el demandante ve satisfecha su pretensión si logra probar uno de los *probanda* de la norma, mientras que su contraparte logra ser absuelto de los cargos si refuta alguno de los *non refutandum*. Volviendo al ejemplo del contrato, si el demandante logra probar la celebración del mismo (*probanda* “p”), su contraparte será obligada a satisfacer la pretensión (pues se supone, mientras no se pruebe lo contrario, que no sobreviene ninguna circunstancia excepcional). Si, por el contrario, la contraparte prueba que ha recibido la prestación que no contrató o la recibió viciada, el juez tendrá la obligación de absolverlo, así se haya probado que el contrato existe. La dinámica que de este modo genera la carga de la prueba muestra –para algunos autores–, que el razonamiento jurídico es derrotable.

Utilizando fórmulas lógicas, un defensor del enfoque procesal de la derrotabilidad podría decir que la solución normativa  $Op$  puede obtenerse del hecho  $q$  y de la norma  $q \wedge (\neg r \wedge \neg s) \rightarrow Op$ . Los hechos  $r$  y  $s$  permanecerían como suposiciones a partir de las cuales se autoriza el paso de  $q$  a  $Op$ . Por su parte, la posterior verificación de los hechos  $q \wedge r \wedge s$ , junto con la norma  $r \vee s \rightarrow \neg Op$ , permitiría deducir la solución  $\neg Op$  y desplazar –o derrotar– la solución  $Op$ . En este caso la carga de la prueba es la regla que permite deducir la solución normativa pertinente para cada circunstancia, y la que hace las veces de metanorma de preferencia. Si quisiéramos

formular la regla (o principio) de la carga de la prueba, podríamos hacerlo mediante dos subreglas (para una exposición similar, ver: Rodríguez y Súcar 1998, p. 416):

Dadas las normas jurídicas  $q \wedge \neg r \wedge \neg s \rightarrow Op$ ,  $r \vee s \rightarrow \neg Op$ ,

$R_1$ : si se prueba el *probanda*  $q$  y no se refuta ninguno de los *non refutanda*  $\neg r \wedge \neg s$ , entonces el juez debe fallar  $Op$

$R_2$ : si se refuta alguno de los *non refutanda*  $\neg r \wedge \neg s$  (es decir, se prueba que  $r$  o  $s$ ), el juez debe fallar  $\neg Op$ .

$R_1$  y  $R_2$  expresan claramente lo que el enfoque procesal de la derrotabilidad entiende por “carga de la prueba”: una regla que impide mantener soluciones normativas con base en normas “derrotables” cuando son adicionadas determinadas premisas al razonamiento. Si no me equivoco en este punto, creo que la idea según la cual la derrotabilidad es un elemento esencial del razonamiento jurídico, como consecuencia de la aplicación de la carga de la prueba en los procesos judiciales, es susceptible de dos importantes objeciones.

En primer lugar, la aplicación de la carga de la prueba no es compatible con la noción clásica de derrotabilidad lógica. Si nos fijamos bien, con base en este enfoque los argumentos que incluyan una premisa normativa y una premisa fáctica (“silogismo judicial”) deben ser complementadas en todo caso con las respectivas subreglas de la carga de la prueba, pues son ellas las que indican qué solución normativa puede ser deducida y cuál debe ser desplazada. Así, por ejemplo, el argumento judicial que utilizaría el Juez para condenar al demandante incumplido en el ejemplo del contrato, no sería en realidad un silogismo de dos premisas, sino de varias:

- (1)  $R_1$
- (2)  $(q \wedge \neg r \wedge \neg s \rightarrow Op)$
- (3)  $q$
- (4)  $Op$  (1, 2, 3)

De modo similar, el argumento que culmina con la absolución del demandado ( $\neg Op$ ) partiría de subregla  $R_2$ , la norma  $(r \vee s \rightarrow \neg Op)$  y una premisa adicional  $r \vee s$ <sup>12</sup>. Ambas deducciones se efectúan con base en *reglas de inferencia monotónicas* y requieren un conjunto diferente de premisas.

12 Debe tenerse en cuenta que los argumentos analizados incluyen premisas pertenecientes a diferentes niveles del discurso, pues las subreglas de la carga de la prueba hacen las veces de reglas de inferencia (no lógica).

Nótese que a diferencia de lo que ocurre con la noción “estándar” de derrotabilidad lógica, en este caso el conjunto de premisas del argumento inicial no está incluido en el (i.e. no es un subconjunto del) conjunto de premisas del argumento posterior. Para obtener la consecuencia en el segundo argumento, contraria a la consecuencia del primero, se requiere la eliminación de la regla  $R_1$  y su sustitución por  $R_2$ . En este sentido, es claro que la regla de la carga de la prueba no implica una reconstrucción derrotable del razonamiento jurídico, ya que las premisas de cada uno de los argumentos conforman un conjunto interseco (no una relación de inclusión)<sup>13</sup> y con base en ello no sería posible deducir las contradicciones normativas propias de la derrotabilidad.

A la misma conclusión parece llegar Bayón (2001) cuando identifica la regla de la carga de la prueba como una directiva dirigida al juez para determinar el sentido del fallo. En su opinión:

Lo que en realidad permite ese paso (de las premisas a la conclusión) es simplemente una norma jurídica, una regla secundaria de adjudicación dirigida al juez que le ordena dictar una decisión  $c$  toda vez que el demandante haya probado  $p$  y el demandado no haya probado  $e$  (y también no dictarla, a pesar de que se haya probado  $p$ , si además el demandado ha probado  $e$ )... Para que un juez dicte justificadamente una decisión cuyo contenido sea esa consecuencia jurídica que la parte actora reclama deben quedar satisfechas *todas las condiciones que integran el antecedente de la norma secundaria*” (2001, p. 42, cursiva fuera del texto).

De modo más concreto, los hechos probados deben satisfacer las condiciones previstas en alguna de las subreglas de la carga de la prueba (regla secundaria), que se encuentran materializados en la norma jurídica aplicada al caso en cuestión. La regla de inferencia utilizada por el juez no tendría por qué ser entonces no monótona, pues un eventual cambio de premisas no implica la derrota del anterior argumento, sino la eliminación y posterior introducción de nuevas premisas (en este caso, las subreglas de la carga de la prueba).

En segundo lugar, las normas procesales adoptadas por un determinado ordenamiento jurídico difícilmente podrían explicar el carácter necesario del razonamiento derrotable. Si la carga de la prueba es la base de la derrotabilidad en el derecho, entonces es inconsecuente asumir que todo proceso de aplicación de normas es

13 Al respecto, Bulygin (2003, p. 248) sostiene que: “A belief justified in the light of B1 need not to be justified by B2 if B2 is a subset of B1. Defeasibility requires that B2 should be a superset of B1 and this means that all elements of B1 must belong to B2. So an argument is defeasible if a belief justified by B1 is not justified by B2, even if according to the law of the strengthening of the antecedent it would follow deductively from B2”. Bulygin sostiene igualmente que en algunos casos el conjunto inicial de creencias B1 es tan sólo aparentemente un subconjunto de B2, lo que impide hablar de derrotabilidad.

derrotable y que la lógica monotónica es incompatible con el lenguaje jurídico. Al margen de lo dicho en el párrafo anterior, siempre será posible concebir un sistema jurídico que no incorpore una regla procesal como la de la carga de la prueba. Más aún, es usual concebir razonamientos jurídicos no comprometidos con las subreglas de la carga de la prueba en contextos no jurisdiccionales (v. gr. un ciudadano que piensa bajo qué circunstancias debe pagar impuestos).

### 3.2 El enfoque epistémico

La derrotabilidad ha sido entendida también como un fenómeno *epistemológico* o de cambio de creencias, no relacionado directamente con las normas o los argumentos, sino con el conocimiento que las personas tienen de ellos. Este enfoque destaca el carácter limitado del conocimiento humano y concibe el razonamiento derrotable como una consecuencia natural del cambio o la revisión de creencias. En condiciones normales, los usuarios de un lenguaje natural efectúan deducciones con base en un conjunto estático de creencias, pero las rechazan una vez el conocimiento disponible es complementado con nueva información. Este fenómeno es ampliamente conocido en epistemología como “revisabilidad de creencias” (*revisability of beliefs*), y ha despertado en las últimas cuatro décadas un significativo interés en los estudios sobre inteligencia artificial y razonamiento común.

En el derecho pueden señalarse dos importantes fuentes de revisabilidad: de un lado, el particular estilo nomográfico adoptado por el legislador, que suele redactar las formulaciones normativas de manera que no incluyen (o no incluyen todas) las excepciones que las reglas contienen, y de otro lado, el conocimiento parcial de los hechos que da lugar a lo que Alchourrón & Bulygin (1971, p. 63) han denominado “lagunas de conocimiento”. Aunque esta noción epistemológica de la derrotabilidad expresa una idea en lo fundamental análoga a la descrita más arriba, es importante destacar que en un caso concreto no es la norma (o el argumento) la que resulta derrotada, sino el conocimiento que se tiene de ella. Por ejemplo, si en virtud de la norma  $q \rightarrow \neg Op$  se abandona la solución normativa  $Op$  en el caso individual  $r \wedge q$ , el conocimiento de las normas del sistema es derrotado (se conocía  $r \rightarrow Op$  pero se desconocía que otra norma  $q \rightarrow \neg Op$  tenía prioridad). En palabras de Waluchow:

Sometimes the term ‘defeasible’ is used to denote a kind of *epistemic defeasibility* – which attaches not to rules, claims or arguments found in legal practice, but to our knowledge of these things and the degree (s) of certainty we can achieve with respect to them. Essentially, what is being said in such cases is that no claim to legal knowledge is completely impervious to challenge or reasonable dispute (2012, p. 258).

En este sentido, la revisión de las premisas en el razonamiento jurídico y la revisión de creencias en general (v gr. en las ciencias naturales) serían sustancialmente parecidas: puesto que el conocimiento humano es por naturaleza limitado y dinámico, el conjunto de enunciados que justifica (lógicamente) una conclusión debe ser reformulado eventualmente ante la adición de nuevos datos.

Aunque esta última idea es cierta en lo sustancial, difícilmente justifica el carácter esencialmente derrotable del razonamiento jurídico. En primer lugar, porque –como señala Rodríguez (1997, p. 166)– el derecho positivo es un conjunto finito de normas y resulta posible, en principio, *conocer* el conjunto de excepciones que el sistema consagra para cada regla condicional (cuestión diferente es, como se verá, las excepciones de carácter ético). Si la derrotabilidad es concebida como un fenómeno interpretativo (Ferrer & Ratti, 2012), es decir, como un problema referente a la atribución de significado a las formulaciones normativas, entonces la estructura sintáctica que el legislador le confiere a los textos no es siquiera relevante a la hora de analizar la derrotabilidad. La interpretación jurídica es fundamentalmente interpretación sistemática, por lo que el significado íntegro de una regulación solo se obtiene una vez sean consideradas todas las formulaciones normativas pertinentes (Hernández Marín, 2002)<sup>14</sup> y el conjunto de convenciones interpretativas compartidas por los juristas (entre las que se encuentran las reglas de prioridad). En el caso del homicidio, por ejemplo, la formulación normativa  $F_1$ : “todo el que matare a otro será condenado a prisión” expresaría una regulación incompleta para el caso genérico de “matar”, pues no incluye en su antecedente las causas de justificación y exculpación. Quien en un razonamiento introduzca con base en  $F_1$  la norma derrotable “todo el que matare a otro será condenado a prisión”, utilizaría un razonamiento “derrotable” no debido a las propiedades lógicas del lenguaje utilizado, sino porque no ha agotado –o no lo ha hecho correctamente– la labor interpretativa<sup>15</sup>. Por supuesto, el que se parta de interpretaciones incompletas no prueba que el razonamiento jurídico sea en esencia derrotable.

Es justo en este punto donde el argumento epistemológico o de la revisión de creencias se torna trivial. Del carácter no concluyente (o absoluto) del conocimiento jurídico no pueden derivarse conclusiones respecto de la naturaleza de la lógica

14 Alchourrón (2000, p. 26) parece compartir esta misma idea cuando afirma: “(...) como las excepciones implícitas en un texto normativo son hechas explícitas en otros textos, la tarea ya ha sido muchas veces cumplida por el legislador. La interpretación sistemática permite reconstruir, en tales casos, el contenido conceptual de cada una de las normas del sistema”.

15 Podría objetarse que la expresión “todo el que matare a otro será condenado a prisión” no expresa necesariamente una norma incompleta, pues el antecedente puede contener una suposición por defecto. Aunque esto sea cierto, la existencia de una suposición por defecto presupone ya una labor interpretativa, y por lo tanto concibe –aunque solo como una suposición– la existencia de excepciones.

normativa. Si así fuere, la noción clásica de consecuencia no monotónica solo podría expresar las propiedades lógicas del lenguaje matemático o de otro que proporcione premisas no susceptibles de revisión (juicios analíticos en términos kantianos). Las proposiciones de la física, la biología o la ética, dada su naturaleza falsable impedirían efectuar deducciones monotónicas o formular sistemas deductivos. La revisabilidad de las creencias como aspecto epistemológico parece más bien un asunto directamente relacionado con los procesos psicológicos de formación del conocimiento que con la estructura lógica del razonamiento en un sentido amplio. Como afirma Hage (2003, p. 223):

(...) epistemic defeasibility as a separate notion is not very interesting, because it is merely another term for a phenomenon that is already known as revisability. Moreover, the revisability of beliefs is a psychological phenomenon, which has as such only indirectly to do with reasoning or logic.

La fijación de preferencias y el rechazo de una de las deducciones en los razonamientos derrotables termina siendo, pues, un simple cambio de una premisa falsa o incorrecta (al menos para ciertos casos no usuales) por una premisa (más) verdadera o (más) correcta<sup>16</sup>. En términos utilizados por Hage (2003, p. 228), la derrotabilidad pertenecería más al contexto del descubrimiento que al contexto de la justificación.

### 4.3 El enfoque moral

En los argumentos aducidos hasta aquí en contra de los enfoques procesal y epistemológico del razonamiento derrotable, he supuesto que admiten en principio la posibilidad de reconstruir el antecedente de las reglas condicionales, de manera que incluyan condiciones suficientes para la solución normativa. No obstante, cuando se asume que las propiedades relevantes de una norma jurídica no pueden ser fijadas de manera exhaustiva por razones de justicia o de racionalidad práctica, la lógica normativa debe asumir algún tipo de condicional derrotable o una noción no monotónica de consecuencia. Algunas teorías de la argumentación jurídica y corrientes particularistas del razonamiento práctico comparten este enfoque, y son escépticas respecto del modelo deductivo del razonamiento jurídico. Según ellas, solo frente a casos individuales sería posible determinar con certeza la solución

---

16 Sobre este aspecto Rodríguez (1997, p. 166) ha señalado: "La interpretación preliminar de cualquier formulación podría considerarse derrotable en virtud de consideraciones ulteriores fundadas en la interpretación que quepa atribuir a las restantes formulaciones del sistema. Pero esto no es más que señalar que la interpretación es un proceso que se desenvuelve en el tiempo, en cuyo transcurso podemos adquirir más información que obligue a revisar lo hecho hasta entonces".

normativa aplicable, pues el número y el tipo de propiedades relevantes en cada caso no pueden ser previstas en normas generales.

La clásica distinción propuesta por Dworkin (1984) entre reglas y principios jurídicos, suele citarse como un argumento a favor de las excepciones *implicitas* que en casos concretos cabría atribuirle a una norma jurídica. Los principios serían razones *prima facie* que en condiciones de normalidad prevén una determinada solución, pero que en casos excepcionales pueden entrar en conflicto con, y ser desplazados por, principios opuestos. Serían justamente las propiedades del caso individual (su “contexto”), y la ponderación de las “razones” a favor o en contra de una solución, las que determinan si en el caso concreto cierto principio jurídico resulta o no desplazado (o excepcionado). A nivel de casos genéricos los principios resultarían ser entonces normas *esencialmente* derrotables: no sería posible determinar de antemano el conjunto de propiedades relevantes incluidas por él, ni el tipo o número de casos individuales que regula. Es a esto a lo que Atienza & Ruiz Manero (2007, p. 30) parecen referirse cuando señalan que las condiciones de aplicabilidad de los principios están fijados de manera abierta: una acción p es obligatoria “salvo que esa obligación sea desplazada por un principio que en relación con el caso tenga un mayor peso” y “el sistema no predetermine el orden jerárquico... en caso de concurrencia de principios”. En este tipo de casos, la aplicación de principios no podría reconstruirse en términos lógicos, sino en un marco más amplio del razonamiento práctico que incluya específicamente la ponderación de normas.

Aunque la caracterización que hace Dworkin (1984) de las reglas como “mandatos definitivos” parece sugerir su carácter inderrotable, la insistencia en que los principios pueden justificar excepciones a las reglas solo puede conciliarse –y así lo han entendido filósofos como Bayón (2000, p. 93)– con la idea según la cual todas las normas jurídicas son derrotables. El caso *Riggs vs. Palmer*, popularizado por el mismo Dworkin, ha sido un claro ejemplo de cómo la estructura a dos niveles (reglas y principios) del sistema jurídico imprimiría carácter derrotable a todas las normas que lo conforman. Por lo pronto, sin ánimo de profundizar en la supuesta estructura lógica que distingue a los principios y las reglas, es importante analizar las razones que fundamentan su carácter esencialmente derrotable. Creo no equivocarme si señalo que la tesis de la conexión (necesaria o contingente) entre el derecho y la moral juega un papel central en este enfoque.

Como se sabe, las normas jurídicas condicionales relacionan un conjunto de propiedades relevantes (caso genérico) con una acción deónticamente determinada

(solución normativa)<sup>17</sup>. Según un enfoque ampliamente difundido, el enunciado deóntico es regularmente fijado por el legislador para el caso en cuestión una vez ha ponderado cada una de las razones relevantes, pretendiendo que los sujetos normativos evalúen los casos individuales sobrevinientes no con base en las razones subyacentes, sino en la norma misma. Como ha señalado Schauer (2004), las normas configuradas de esta manera por el legislador suelen ser *sub* y *sobre-incluyentes* en relación con las razones que la “fundamentan”, es decir, no cubren casos individuales que de conformidad con esas razones deberían ser incluidos por la norma, y cubren algunos que no las satisfacen o las transgreden. Una norma del tipo “se prohíbe el ingreso de mascotas al metro” sería sobreincluyente respecto del caso de un lazarillo que guía a una persona invidente, e infraincluyente respecto de un caballo o un buey: en el primer caso, las razones subyacentes no respaldan la prohibición del lazarillo en el metro, mientras que en el segundo, sí prohíben el ingreso de otros animales. En casos como estos los sistemas jurídicos funcionarían como un conjunto de *razones excluyentes*, a saber, razones que indican qué debe hacer el agente en un caso particular, sin tener que evaluar las razones que juegan a favor o en contra de la acción (Raz, 1991). En opinión de otros autores, no obstante, las normas jurídicas se comportarían como *razones prima facie* (o razones de primer orden) que deben ser ponderadas con las demás razones a favor y en contra de una determinada acción.

Para Alexy, por ejemplo, resulta claro que las condiciones de aplicabilidad de los principios solo se concretan una vez sea medido y ponderado su peso en una operación que puede fundamentar la introducción de excepciones a las reglas. Aún más, el valor específico que cabría atribuirle a los principios dependería en buena medida de los argumentos aducidos en el discurso práctico general (i.e. discurso ético), por lo que sus condiciones de aplicación (y las de las reglas) quedarían siempre abiertas a objeciones de carácter ético. Para Alexy, todo proceso de aplicación de normas jurídicas implica evaluar previamente la corrección moral de la norma en el caso concreto (con excepción quizá de los argumentos “discursivamente necesarios”). En sus palabras, “si la ley, el precedente o la dogmática establecen claramente la decisión, y *no existen reparos serios en el aspecto de la corrección material*, el caso se decidirá solo mediante lo autoritativo e institucional” (2009, p. 81, cursiva fuera del texto). Por supuesto, esos “reparos” no tienen para Alexy una índole exclusivamente moral, sino también jurídica: expresan el contenido de la “dimensión ideal del derecho” y la racionalidad del discurso jurídico como un caso especial del discurso práctico general.

17 Alchourrón & Bullygin (1971, p. 99). No obstante, como los mismos autores señalan, existen muchos tipos de normas que no se adecúan a esta definición estándar. Por ejemplo, existen normas que relacionan casos con casos y soluciones con soluciones.

Muchas de estas tesis guardan estrecha relación con posiciones más básicas sobre la naturaleza del derecho y del razonamiento jurídico que no pueden ser expuestas aquí. No obstante, de lo expuesto resulta claro que sus observaciones pueden ser usadas fácilmente como un argumento a favor del carácter necesariamente derrotable de las normas jurídicas. La idea de incluir principios *prima facie* con contenido ético en los sistemas jurídicos, y/o de vincular necesariamente la aplicación de normas jurídicas con un contexto más amplio de argumentación práctica, permitiría afirmar que las normas jurídicas están siempre abiertas a excepciones implícitas. En lo que sigue trataré de exponer cuatro objeciones que demuestran lo contrario.

(i) *Derrotabilidad y clausura de la relevancia*

Como señalan Bayón (2001) y Rodríguez (1997), el que un órgano aplicador del derecho pueda o no tomar en cuenta propiedades diferentes a las previstas en las normas depende de un hecho contingente: que no exista una regla que clausure la tesis de relevancia, o, en términos de Schauer (2004), que el sistema jurídico no esté atrincherado (*entrenched*). Y es que parece posible concebir en principio un sistema jurídico que prohíba a las autoridades jurisdiccionales atribuir relevancia a ciertos hechos y propiedades no previstos expresamente en la norma, e impida que se introduzcan excepciones en casos particulares por razones de justicia o racionalidad práctica. Las propiedades relevantes configuradas por el legislador funcionarían entonces como condiciones suficientes, y los jueces tendrían el deber de aplicar únicamente el derecho emanado de las fuentes sociales. Aunque la tesis parezca muy fuerte a simple vista, las instituciones básicas de los estados de derecho, tal como fueron concebidas a principios del siglo XIX, apuntan en buena medida a un modelo atrincherado. Como afirma Waluchow (aunque en una perspectiva diferente):

The law itself may explicitly demand that judges apply any and all valid laws, regardless of their views on its moral merit. That is, a system's rules of adjudication may, as a matter of fact, prohibit judges from declining to apply valid laws on moral grounds... There are sound moral reasons why judges and policemen should not, given their official roles within a legal system, be at liberty to pick and choose which laws to apply or enforce (2012, p. 8).

Entre esas razones morales señala Waluchow el pluralismo ético y la certeza de que a la norma precede una deliberación más amplia efectuada por el legislador.

Rodríguez (1997) ha sostenido que una regla de clausura de esta naturaleza puede ser interpretada de tres maneras diferentes. La primera de ellas considera, desde una perspectiva descriptiva, que las propiedades no tenidas en cuenta expresamente por el legislador son irrelevantes para el universo de soluciones maximales del sistema.

Esa sería la interpretación dada por Alchourrón & Bulygin (1971) a la relación entre casos genéricos y enunciados deónticos en *Normative Systems*: los supuestos de hecho previstos por el legislador en las normas constituyen condiciones suficientes para deducir la solución normativa. Las normas jurídicas expresarían condiciones de aplicabilidad no derrotables de conformidad con la tesis de relevancia, por lo que la operación de inaplicar una norma solo podría obedecer a razones que –so pena de abandonar los principios básicos del positivismo– no tendrían un carácter jurídico. Este punto de vista, sin embargo, incurre en un error conceptual: asimila las circunstancias en las que el legislador considera expresamente la irrelevancia de ciertas propiedades con la circunstancia en la que esas propiedades no son consideradas en absoluto. En otras palabras, no sería posible descartar por irrelevantes las propiedades que no han sido consideradas como tal por el legislador, y por lo tanto la regla no podría clausurar la tesis de relevancia del sistema.

Conforme a la segunda interpretación la regla de clausura de la relevancia posee un sentido más débil, aunque también desde un punto de vista descriptivo (Rodríguez & Sucar 1998, p. 414). Afirmar que una propiedad  $P$  es irrelevante puede querer decir, o bien que el legislador ha relacionado expresamente los valores veritativo-funcionales de  $P$  con la misma solución normativa, o bien que no ha considerado en absoluto a  $P$  o  $\neg P$ . En el primer sentido podría hablarse de irrelevancia positiva y en el segundo de irrelevancia negativa: afirmar que una propiedad “es irrelevante” nos vincularía de este modo con un enunciado disyuntivo según el cual el legislador no ha atribuido soluciones incompatibles a los valores veritativo-funcionales de una propiedad  $P$ , sea porque les atribuyó expresamente la misma solución o porque no les atribuyó solución alguna. Es importante resaltar que la ambigüedad del término “irrelevancia” solo puede percibirse en el nivel metalingüístico de las proposiciones normativas (no de las normas), por lo que su naturaleza es análoga a la que poseen la permisión positiva y la permisión negativa. Esta última, en el sentido originalmente acuñado por Alchourrón & Bulygin (1971, p. 174; Alchourrón, 1969; Bulygin, 1995, p. 138), constituye un elemento definitorio de la (in) completitud y expresa las lagunas del sistema. La permisión positiva, por el contrario, arroja certeza sobre la calificación deóntica atribuida a un elemento del universo de acciones, sin dejar espacio para la discrecionalidad del Juez. De manera análoga, podría decirse, la irrelevancia negativa requiere una caracterización diferente a la atribuida a la irrelevancia positiva: mientras la segunda configura condiciones suficientes para la solución normativa, la primera deja indeterminadas las condiciones de aplicabilidad de la norma, es decir, hace posible la existencia de normas derrotables. Bajo esta interpretación, la regla no clausura tampoco la tesis de relevancia del sistema<sup>18</sup>.

18 Ver también Rodríguez (1999).

Por último, la regla de clausura podría interpretarse en un sentido estrictamente normativo, es decir, como una norma promulgada por el legislador que prohíbe tomar en cuenta propiedades no previstas de manera expresa en el sistema. A diferencia de las demás interpretaciones, esta norma sí permite clausurar la tesis de relevancia y confiere a las condiciones de aplicabilidad de las normas un carácter cerrado. En otras palabras, las normas del sistema jurídico se tornarían inderrotables. Esta característica, por supuesto, tendría un carácter solo contingente, pues depende de la existencia de la norma de clausura. Pero en todo caso, con ello ya se habrá probado que la derrotabilidad no es una propiedad esencial de las normas y el razonamiento jurídico. Con todo, esta conclusión no tiene por qué ser definitiva. Aún parece posible demostrar que la derrotabilidad no solo no es una característica necesaria de los sistemas jurídicos, sino también que es un aspecto trivial de los mismos.

(ii) *Derrotabilidad y positivismo jurídico*

Cuando los jueces inaplican normas jurídicas previstas en el ordenamiento jurídico lo hacen ejerciendo algún grado de discrecionalidad. En el caso de las normas “derrotables”, los jueces conceden prioridad a una norma ajena al sistema jurídico y se abstienen de aplicar otra que resulta adecuada conforme al mismo sistema. Sostener en estos casos que la concurrencia de una norma moral (o de otro tipo) de mayor rango convierte a la norma jurídica en derrotable podría fundamentarse solo con base en alguna concepción antipositivista del derecho, según la cual no existe entre los sistemas jurídicos y los sistemas morales una división tajante, o que el razonamiento jurídico y el razonamiento moral conforman una especie de continuum. Por razones que no pretendo discutir aquí, creo que los estudios (Bayón, 2002) disponibles sobre el tema demuestran que para proporcionar una explicación integral del derecho no es necesario abandonar las bases conceptuales del positivismo jurídico, y que la toma de decisiones particulares con base en preceptos morales no se opone necesariamente a ellos.

En el caso de la supuesta derrotabilidad de las normas jurídicas no parece necesario asumir que una *norma moral* del tipo  $p \rightarrow Oq$ , que conceda relevancia a la propiedad  $p$ , posea carácter jurídico solo porque en el caso genérico  $p \wedge q$  desplazaría por razones de bondad o de justicia a la norma jurídica  $r \rightarrow \neg Oq$ , o que esta norma jurídica sea por ello derrotable. En términos acuñados por Alchourrón & Bulygin (1971), la propiedad  $p$  constituiría en este caso una hipótesis de relevancia, es decir, una propiedad que en opinión del intérprete debería ser relevante pero que no ha sido tomada como tal por el legislador. Esta especie de “derrotabilidad valorativa” solo sería evidente para quien adopta una actitud crítica del sistema jurídico, y no para quien describe de forma neutral “el derecho que es”.

Aunque la derrotabilidad de una norma con base en una hipótesis de relevancia describe correctamente lo que lo jueces hacen (o creen hacer) *en la práctica* cuando inaplican una norma jurídica por razones morales o políticas, las implicaciones que se le atribuyen desfiguran la naturaleza del derecho. Para nadie es un secreto que por más arbitraria que sea su interpretación de las normas jurídicas, los jueces pretenden siempre que sus decisiones estén fundadas en derecho y que los actos discrecionales parezcan fundados en normas jurídicas preexistentes. Pueden existir incluso convenciones más o menos extendidas (sin que alcancen a formar un “precedente”) sobre la necesidad de inaplicar una norma jurídica, introduciendo excepciones en sus condiciones de aplicabilidad. En este tipo de casos los jueces asumirían que esa es la solución ofrecida por el sistema. No obstante, como ha insistido Bulygin (2003), siempre es necesario distinguir entre lo que los jueces hacen y lo que los jueces dicen que hacen. Por más que la autoridad jurisdiccional considere que la propiedad valorativa  $q$  debe considerarse (o es) una excepción a la norma  $p \rightarrow Or$  en el caso  $p \wedge q$ , conforme a un sistema jurídico  $S_p$ , la solución prevista por el sistema seguirá siendo  $Or$  aun cuando en la sentencia declare que la solución es  $\neg Or$ . Admitir lo contrario implicaría –como ya se dijo– que las valoraciones de los jueces preexisten en el sistema jurídico o que el razonamiento moral y el jurídico constituyen un proceso único e indivisible. Mientras no se admita esto y se conserven la tesis de las fuentes y de la discrecionalidad, las normas jurídicas inaplicadas por razones no derivadas del sistema jurídico no adquieren por ello un carácter indeterminado o derrotable.

Es cierto que para aceptar este argumento no es necesario negar que los jueces inaplican con alguna frecuencia las normas que consideran absurdas o moralmente injustas, y privilegian otras que no son *prima facie* aplicables al caso. La inaplicación de una norma no implica su derrotabilidad. Como ha afirmado Bulygin:

defeasibility of legal rules is one thing; the non-application by a judge of an applicable and eventually non-defeasible rule is quite another matter. The two problems should be kept apart and in any case the non-application of a rule is no reason to regard it as defeasible (2003, p. 248).

La tesis de la discreción judicial requiere simplemente que esa supuesta “derrotabilidad” de las normas sea entendida como consecuencia de una elección subjetiva del juez, no sujeta a lo dispuesto por ninguna norma perteneciente al sistema jurídico de referencia. El juez puede actuar en ejercicio de las facultades discrecionales concedidas por una norma jurídica (e incluso obedeciendo una norma que lo obliga a fallar discrecionalmente), pero el contenido de su fallo no tendrá sustento material en el derecho.

(iii) *Derrotabilidad y principios jurídicos*

Algunas veces se ha sugerido que la hipótesis de relevancia vinculada con la derrotabilidad de las normas jurídicas proviene no solo del sistema moral específico del intérprete, sino también de normas jurídico-positivas. En opinión de Bayón, por ejemplo, en los casos de aplicación de principios jurídicos las condiciones de aplicabilidad permanecen generalmente indeterminadas y justifican en circunstancias dadas la introducción de excepciones a las reglas. Pero a diferencia de lo que sucedería con las valoraciones ajenas al sistema, los juicios de valor que toman como base los principios harían que las normas fuesen derrotables por auténticas razones jurídicas. En palabras de Bayón (1996), “(...) en la medida en que los principios son parte del derecho, y no criterios axiológicos externos a él, ello implica que las tesis de relevancia usadas por el legislador *son jurídicamente derrotables (defeasible)* sobre la base de ciertas consideraciones valorativas” (Nota tomada de Rodríguez, 1997, p. 151. Cursivas fuera del texto). A menudo esta tesis suele ir acompañada del argumento según el cual los jueces no ejercen *discrecionalidad* cuando inaplican una norma por razones valorativas, pues de alguna manera esas valoraciones forman parte de, o preexisten en, el sistema jurídico. Así, por ejemplo, Cristina Redondo señala que:

(...) tanto los criterios morales de identificación como los contenidos normativos individualizados en virtud de los mismos –comúnmente llamados “principios”– se consideran parte de lo que el derecho *es*, determinan auténticos deberes jurídicos y su aplicación por parte de los jueces no es discrecional (2007, p. 109).

Según la doctrina de los estados constitucionales (aunque probablemente no solo la de estos), los principios son normas que incorporan derechos fundamentales, bienes colectivos y objetivos básicos de la sociedad y el estado. Sus condiciones de aplicabilidad son en principio, propiedades indeterminadas que se especifican en casos particulares mediante un ejercicio de ponderación, pudiendo derrotar eventualmente a las demás normas que disponen para el mismo caso una solución contraria. Esta “derrota” o “desplazamiento” de las demás normas aplicables suele tomarse como una prueba concluyente de que las propiedades que configuran los casos genéricos no constituyen condiciones necesarias y suficientes para deducir la solución normativa. Un ejemplo puede ayudar a ilustrar este argumento. Frente a una norma como  $N_2$ : “un contrato es válido cuando cumple los presupuestos legales y no es inmoral” puede asumirse que el conjunto de situaciones indeterminadas a las que remite el término “inmoral” hacen de  $N_2$  una norma derrotable o con fuerza *prima facie*. Así, por ejemplo, si un juez estipula en el marco de un proceso judicial que los contratos celebrados el día domingo son inmorales, podría admitirse que la

norma  $N_3$ : “todo contrato celebrado el día domingo es inválido” derrota a la norma  $N_2$ . Para no incurrir en algún tipo de iusnaturalismo, Bayón acude en este punto a la idea según la cual el término “inmoral” incorporado por la norma remite a contenidos normativos no convencionales, pero la adopción misma de la norma se produce en fuentes sociales concretas (en sus palabras, una “*convención que se autoanula*”). Ello permite conservar las bases convencionales del positivismo jurídico pero a su vez demostrar, entre otras cosas, que el derecho es en ciertos casos indeterminado y que el contenido no convencional de las normas puede derrotar sus condiciones de aplicabilidad formuladas *prima facie*<sup>19</sup>.

Este argumento no obstante, es susceptible de las mismas objeciones formuladas en el punto anterior. En el fondo lo único que hace es demostrar que en la “identificación” de las condiciones de aplicabilidad de los principios los jueces acuden, en ciertos casos, a juicios de valor no deducibles del sistema normativo. Por ejemplo, cuando un juez determina que los derechos fundamentales a la dignidad humana y al libre desarrollo de la personalidad constituyen en casos de violación un límite –o una excepción- a la imposición de la pena privativa de la libertad por aborto, está efectuando una estipulación semántica sobre los alcances de los derechos fundamentales. Parece innegable que los actuales sistemas jurídicos no proporcionan generalmente el significado de términos como “dignidad humana” o “libre desarrollo de la personalidad”, ni los criterios que permiten determinar cuál es su interpretación correcta. La actividad interpretativa de los juristas no suele contar tampoco con reglas convencionales que determinen con algún grado de univocidad la totalidad de casos regulados por los principios. Es más, diferentes jueces pueden adoptar soluciones normativas incompatibles sin que se disponga de criterios jurídicos que determinen cuál de ellos es el correcto (algo que resulta evidente en los cambios de jurisprudencia). En estos casos, descartando la existencia de una moral objetiva que aporte criterios indubitables acerca del contenido de las normas, lo correcto sería concebir los principios -junto con algunas reglas que hacen expresa remisión al discurso moral- como normas cuya aplicación suele incluir decisiones discrecionales de los jueces en los casos difíciles. Esas decisiones discrecionales consistirían justamente en determinar en el caso concreto las *condiciones de aplicabilidad* del principio o de la norma *conforme a una hipótesis de relevancia* pues, en *opinión* del órgano aplicador, el sistema las establecería tan solo “*prima facie*”.

19 Por ejemplo, en el siguiente pasaje la idea es clara: “Una convención que se autoanula establece al menos cargas de la argumentación –de otro modo inexistentes- para justificar que procede apreciar la concurrencia en el caso concreto de alguna excepción al criterio convencionalmente fijado a la luz de los criterios no convencionales a los que la propia convención se supedita. Pero precisamente porque se supedita a éstos, de ella no pueden derivarse calificaciones normativas concluyentes para ningún caso individual” (Bayón, 2000, p. 112).

De otro lado, debe recordarse que los principios jurídicos poseen como cualquier otra norma un núcleo de significado claro que especifica sus condiciones de aplicabilidad. No es difícil encontrar casos concretos en los que el principio de igualdad es claramente aplicable y supone la derrota de una norma jurídica que prevé una solución normativa diferente. El hecho de que existan casos dudosos frente a los cuales deba el intérprete apelar a un sistema de valores particular no implica que la norma sea derrotable, sino que tiene un grado más o menos amplio de vaguedad. La indeterminación del lenguaje normativo es una tesis positivista que concierne no solo a las normas que incluyen términos como “contrato inmoral” o “trato cruel y degradante” sino, en principio, a todas las normas del sistema. Hoy es un lugar común admitir que los términos jurídicos –en tanto formulados en el lenguaje natural– poseen una “zona de penumbra” que deja indeterminada la solución de ciertos casos “difíciles” y exige estipulaciones semánticas del intérprete. Además, como lo han hecho notar Alchourrón & Bulygin (2002, p. 61), la “textura abierta” –o “lagunas de reconocimiento”– son problemas específicos de la subsunción de casos particulares o genéricos en el supuesto de hecho de la norma jurídica y, en esa medida, un problema específico de la aplicación de normas y no de la identificación de las mismas<sup>20</sup>. Hablar aquí de normas con fuerza “*prima facie*” (o derrotables) implica no haber efectuado la necesaria distinción entre aplicación e identificación del derecho, presumiendo que la indeterminación concierne a ambos aspectos.

En últimas, aceptar la idea de derrotabilidad en el sentido aquí anotado impediría distinguir correctamente entre la tesis y la hipótesis de la relevancia, es decir, entre el derecho que es y el derecho que debería ser. Por supuesto, estas distinciones no implican que los términos morales incorporados en las normas jurídicas carezcan de contenido conceptual, sino que lo restringe a sus significados estrictamente convencionales. Y es que, en principio, es innegable que las fuentes sociales fijan con algún grado de certeza el sentido convencional (basado en fuentes) de términos como “contrato inmoral” o “trato cruel y degradante”<sup>21</sup>. Más allá de estas convenciones (i.e. en el ámbito de la moral ideal o de la “convención que se autoanula”) el intérprete ha traspasado los límites del derecho y la supuesta “derrotabilidad”

20 Alchourrón (2000, pág 19): “la vaguedad sólo puede presentar problemas cuando se intenta subsumir un caso individual en un caso genérico”.

21 Esto resulta igualmente claro para Moreso (2012), quien considera que los términos morales poseen un significado convencional que no remite a la discreción de los jueces: “Even though ‘cruel’ is, without doubt, a moral term, it is applied without any controversy to *poena cullei*, and there is no room here for discretion. Obviously, there is room for disagreement in other cases of application of the concept of cruelty, the cruelty of capital punishment being the most important. In any case, resorting to morality does not necessarily imply judicial discretion”. (p. 231). Por supuesto, Moreso circunscribe esta tesis a la defensa del positivismo jurídico incluyente, y no a una defensa particular de la inderrotabilidad de las normas jurídicas.

acaecer por razones o normas no jurídicas<sup>22</sup>. Como ha sostenido Rodríguez, de afirmar lo contrario:

estaríamos diciendo simplemente que, si se rechaza el positivismo y se acepta que todo sistema jurídico no sólo está conformado por normas identificables por su origen o a partir de una regla de reconocimiento, sino también por otras normas implícitas, cuya pertenencia al sistema no puede asociarse con hechos sociales de ninguna especie, entonces el status deóntico de todos los casos resultará en última instancia dependiente de consideraciones morales (1997, p. 164; 1999, p. 369).

#### (iv) *Derrotabilidad y particularismo*

Algunas corrientes filosóficas han sugerido también que por motivos de razón práctica las normas morales o jurídicas no pueden ser tomadas como mandatos concluyentes, pues el razonamiento normativo consistiría estrictamente en evaluar las propiedades relevantes de cada caso concreto. De este modo, las decisiones morales o jurídicas no podrían ser adoptadas de forma justificada mediante la aplicación de enunciados generales y argumentos deductivos, sea porque no pueden incluir propiedades universalmente relevantes, condicionales inderrotables o cuantificadores de clase. Como señala Cristina Redondo (2005, p. 38), para el particularismo “el contexto es el que determina si una propiedad es relevante (es o no una razón), en qué sentido lo es (a favor o en contra) y qué peso tiene (limitado o insuperable)”. En ese sentido, la bondad o corrección de una conducta solo podría ser determinada, de conformidad con el particularismo (moral o jurídico), mediante la evaluación integral de las circunstancias concretas en las cuales acaecer, y no mediante la instanciación de una norma general preexistente.

La necesidad de atender a las circunstancias particulares puede obedecer a diferentes concepciones acerca del razonamiento y el lenguaje normativo. Por ejemplo, puede sostenerse que la atribución de significado a los términos jurídicos o éticos solo es posible en su contexto de emisión, y que la pretensión de aplicar normas o razones a casos particulares se fundaría en una mala comprensión de la semántica del lenguaje jurídico<sup>23</sup>. Podría decirse, igualmente, que el conjunto de condiciones

22 En el mismo sentido se pronuncia Rodríguez (1999, p. 367): “(...) no deben confundirse en el argumento considerado los sentidos prescriptivo y el descriptivo de relevancia. Porque es obvio que las normas jurídicas son derrotables en el sentido de que siempre puede atribuírsele relevancia normativa prescriptiva a ciertas propiedades que no han sido tomadas en cuenta por el legislador. En esos casos se dirá que existe una laguna axiológica en el sistema, en el sentido de un enunciado crítico desde el punto de vista interno de un cierto sistema axiológico”.

23 Redondo (2005, p. 55): “Desde el punto de vista del problema de la identificación-interpretación del derecho, todas las teorías que presentan como inevitable la consideración de factores pragmático-contextuales en la identificación del derecho están obligadas a asumir una concepción particularista de las razones jurídicas”.

relevantes que hacen justificable a un enunciado deóntico –o, en otras palabras, el conjunto de circunstancias que permiten juzgar a una acción como “correcta” o “incorrecta, “debida” o “prohibida”– solo pueden ser fijadas caso por caso. En este sentido, el uso de normas jurídicas generales que prevén condiciones suficientes de aplicabilidad desconocería la relevancia implícita de las “razones subyacentes”, cuya concurrencia y peso solo podría determinarse en el caso particular. Finalmente, en el campo jurídico, un particularista podría aducir que la conexión necesaria entre el derecho y la moral exige en todo caso la evaluación de las decisiones jurídicas desde el punto de vista más amplio de la “razón práctica general” (tesis que supone una noción particularista de la moral).

Sin ánimo de profundizar en las complejidades del particularismo, me interesa sobretudo señalar su posible conexión con la concepción de normas derrotables. En opinión de Cristina Redondo (2007, p. 41), por ejemplo, “el carácter derrotable es solo una de las características necesarias para hacer compatible la admisión de normas, y de un razonamiento práctico apoyado en normas, con la concepción particularista de las razones”. La idea según la cual las propiedades relevantes deben ser revisadas en cada caso particular sería una exigencia impuesta por el particularismo a las normas en los procesos de justificación racional de enunciados normativos (jurídicos o morales). Ello sería posible gracias a que, como afirma Redondo (p. 38), los términos en que se enuncian los casos previstos en el antecedente de la norma condicional bien pueden ser genéricos, siempre que conserven su estatus de condiciones contribuyentes y no suficientes. Aunque, como ha señalado Caracciolo (2005, p. 94)<sup>24</sup>, no siempre es posible construir una noción pacífica de derrotabilidad en un contexto particularista de fundamentación, es interesante resaltar las posibles objeciones contra esta postura.

En primer lugar, el particularismo enfrenta algunos de los problemas tradicionales de las teorías intuicionistas de la moral, esto es, la necesidad de asumir que los seres humanos somos capaces de reconocer lo debido o lo indebido en el caso concreto sin acudir a reglas generales que fijen de manera anticipada la relevancia del caso. Como señala Bayón (2001, p. 57), el particularista debe clarificar “en qué consiste realmente esa misteriosa capacidad del “discernimiento” una vez que se ha rechazado la idea de que la justificación implica una inferencia a partir de una pauta general apropiada (es decir, de que es una operación gobernada por normas)”. Y es que difícilmente podría atribuírsele racionalidad a una decisión normativa que

24 Haciendo referencia a Dancy, Caracciolo (2005) resalta la incompatibilidad del particularismo extremo con la idea de normas que, aunque derrotables, señalan de manera genérica y anticipada las propiedades relevantes a tener en cuenta en los casos particulares: “el particularismo extremo, al que adhiere Dancy, rechaza cualquier determinación anticipada de relevancia normativa. Tampoco puede aceptar, entonces, esa función práctica de las normas generales, ni siquiera de las que se califiquen como “derrotables”.

ha sido adoptada sin considerar criterios generales que diferencien las alternativas correctas de las incorrectas. Aún más, es difícil asumir que algunos casos con relevancia moral o jurídica se deciden en la práctica solo con base en algún tipo de intuición moral, o que en el uso corriente del lenguaje vinculemos la aplicación de normas generales a la irracionalidad.

En segundo lugar, la necesidad de evaluar las particularidades de cada circunstancia no excluye que una propiedad general sea relevante para un conjunto más o menos amplio de casos. Nadie negaría que la propiedad “matar a otro” es casi siempre relevante (y una razón suficiente) para condenar a prisión a una persona, aun cuando en un número reducido de casos concorra una excepción que desplaza la condena (v.gr. legítima defensa, estado de necesidad, etc.). En estos casos, las propiedades pueden ser generalizadas de manera que configuren situaciones de normalidad y proporcionen criterios que preexistan a la evaluación de situaciones particulares. Obviamente, estos aspectos no refutan la existencia de normas derrotables (antes bien, parecen fundamentarlas), pero sí objetan las versiones radicales del particularismo que niegan la existencia de cualquier criterio genérico de relevancia y terminan siendo, en opinión de Moreso (2005, p. 70), “conceptualmente imposibles”.

Finalmente, el particularismo parece comprometido con la injerencia de evaluaciones morales en el plano del derecho y con una noción muy discutible de racionalidad jurídica. Si las normas jurídicas son, como sostiene el positivismo, directivas emanadas de fuentes sociales convencionales, cualquier criterio de valoración no deducible del conjunto de normas válidas es externo al sistema y producto de un acto discrecional de quien decide. Omitir esto aduciendo que es irracional la decisión tomada solo con base en fuentes sociales, y por lo tanto, que no es posible formular –por razones conceptuales– normas válidas con relevancia universal, desconoce los límites del derecho y la racionalidad del seguimiento de normas. Por un lado, como afirma Raz (1991, p. 230), en cuestiones prácticas es a veces racional actuar conforme a una regla general que se opone a un balance de razones, atendiendo a “los fundamentos racionales de ahorrar trabajo, tiempo o preocupación”, a circunstancias en las que concurre información incompleta acerca de los hechos o a problemas de coordinación social. No es en modo alguno descabellado asumir que las personas acatan reglas generales para evitar la pesada tarea de ponderar todas las razones relevantes en el caso concreto, y usualmente justifican sus acciones con base en esas reglas. En general, esa justificación posa de racional tanto para quien la utiliza como para quien la juzga. En el plano jurídico, las cosas no son muy diferentes. Las reglas generales suelen justificarse en razón de los grandes beneficios que proporcionan al conglomerado social en materia de

coordinación, seguridad, equidad, etc., y las desviaciones a la norma suelen ser censuradas porque socaban tales beneficios (aun cuando en el caso concreto resulte más adecuada la decisión tomada con base en el balance de razones).

Quienes han resaltado los problemas en que incurren los enfoques analizados hasta aquí, insisten en que la existencia de normas derrotables en los sistemas jurídicos no implica el abandono de la lógica clásica. Para Alchourrón (1993, p. 78), por ejemplo,

no hay necesidad de una lógica para normas derrotables (normas de obligaciones y permisiones *prima facie*) porque detrás de la demanda por esta clase de lógicas, así como detrás de la demanda por lógicas no monótonas (...) subyace una combinación de una noción ordinaria de consecuencia (o condicional) y el cambio de nuestras premisas (normativas) en una perspectiva dinámica<sup>25</sup>.

Las dificultades que acarrea la supuesta derrotabilidad en el razonamiento jurídico, sugerirían entonces no el abandono de la noción clásica de consecuencia lógica, sino la exigencia de revisar de forma adecuada las premisas normativas y fácticas utilizadas en los argumentos. Por supuesto, este enfoque presupone que los antecedentes de las normas condicionales no son inmunes a la revisión, es decir, que el intérprete puede formular expresa y consistentemente el conjunto de condiciones necesarias y suficientes de la solución normativa. Pero si los argumentos expuestos en el punto anterior tienen éxito, no habría razón para sospechar que esta tesis es falsa, esto es, que las normas jurídicas son inderrotables al menos en lo que concierne al razonamiento jurídico.

## Conclusiones

De lo dicho puede concluirse que la derrotabilidad no constituye un aspecto necesario de las normas jurídicas ni de los razonamientos efectuados en los procesos de aplicación. El antecedente de las normas condicionales puede reconstruirse con base en el material jurídico emanado de las fuentes sociales, de manera que formule las condiciones suficientes para deducir la consecuencia normativa. Cuando se apela a criterios no convencionales para fijar el significado de términos morales (o se valora como justa la aplicación de disposiciones no jurídicas), omitiendo en

25 En este sentido, también afirma Bayón (2001, p. 50): “no hay que entender que esta inferencia (de aplicación de una norma general a un caso individual) sea algo distinto de la deducción clásica sólo porque su conclusión decaiga cuando una de sus premisas haya sido reemplazada porque se ha revelado errónea. Que la premisa sea “derrotable” (en el sentido de falible o revisable) no implica que la inferencia misma sea derrotable (en el sentido de no deductiva).

virtud de ello la aplicación de una norma perteneciente al sistema, lo que se produce es un acto discrecional del juez que se aleja de los contenidos provenientes de las fuentes. De esta manera, no puede afirmarse que se produce un caso de “derrotabilidad jurídica” cuando un juez considera que las condiciones de aplicabilidad de una norma resultan excepcionadas por alguna razón no deducible del sistema. En ese caso sería posible hablar de “derrotabilidad moral”, pero en un sentido que trivializa la importancia del problema: se estaría diciendo simplemente que las normas y los razonamientos jurídicos son derrotables (o suelen serlo) por razones morales. Y como este no es un hecho relevante para la aplicación de la lógica al lenguaje jurídico, entonces no es necesario el abandono del principio de monotonía y la ley del refuerzo del antecedente.

## Referencias

- Alchourrón, C. E. (1993). Fundamentos filosóficos de la lógica deóntica y la lógica de los condicionales derrotables. En: Moreso, J. J. & Rodríguez J. L. (Eds.) *Fundamentos para una teoría general de los deberes* (pp. 77-128). Barcelona: Marcial Pons.
- Alchourrón, C. E. (2000). Sobre derecho y lógica. *Isonomía*, 13, 11-33.
- Alchourrón, C. E. & Bulygin, E. (1971). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Astrea. (Las citas son tomadas de la edición española de 1975, cuarta reimpresión, 2004)
- Alexy, R. (2009). Los principales elementos de mi filosofía del derecho. *Doxa* (32). 67-84.
- Atienza, M. & Ruiz Manero, J. (2007). *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona: Ariel.
- Bayón, J. C. (2000). Derrotabilidad, indeterminación del derecho y positivismo jurídico. *Isonomía* (13), 87-117.
- Bayón, J. C. (2001). ¿Por qué es derrotable el razonamiento jurídico? *Doxa* (24), 35-62.
- Bayón, J. C. (2002). Derecho, Convencionalismo y Controversia. En: Navarro, P. & Redondo, C. (eds.), *La relevancia del derecho. Ensayos de filosofía jurídica, moral y política* (pp. 57-92). Barcelona: Gedisa.
- Bayón, J. C. (2007). Bulygin y la justificación de las decisiones judiciales. La parte sorprendente. En: Moreso, J. J. & Redondo C. (Eds.). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (137-152). Madrid: Marcial Pons.
- Bulygin, E. (2003). Review of Jaap Haage's law and defeasibility. *Artificial intelligence and law*, 11, 245-250.
- Caracciolo, R. (2005). Una discusión sobre normas derrotables. *Discusiones* (5), 87-100.
- Dworkin, R. (1984). *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel.

- Ferrer, J. & Ratti, G. (2012). Defeasibility and legality: a survey. En: Ferrer Beltrán, J. & Battista Ratti, G. *Logic of legal requirements: essays on defeasibility* (pp. 11-38). Oxford University Press.
- Hage, J. (2003). Law and defeasibility. *Artificial intelligence and Law* 11, 221-243.
- Hart, H.L.A. (1949). The Ascription of responsibility and Rights. *Proceedings of the Aristotelian Society, New Series*, 49, 171-194
- Hernández Marín, R. (2002). *Las obligaciones básicas de los jueces*. Madrid: Marcial Pons.
- Moreso, J. J. (2012). Legal defeasibility and the connection between law and morality. En: Ferrer Beltrán, J. & Battista Ratti, G. *Logic of legal requirements: essays on defeasibility* (pp. 225-237). Oxford: Oxford University Press.
- Navarro, P. & Rodríguez, J. L. (2000). Derrotabilidad y sistematización de normas jurídicas. *Isonomía*, 13, 61-85.
- Navarro, P. (2005). *Los límites del derecho*. Bogotá: Temis.
- Palau, G. (2002). *Introducción filosófica a las lógicas no clásicas*. Barcelona: Gedisa.
- Palau, G. (2005). *La noción abstracta de consecuencia lógica*. Summa Logicae (CD Room). Salamanca: Universidad de Salamanca.
- Prakken, H. & Sartor, G. (2004). The three faces of defeasibility in the law. *Ratio Juris*, 17 (1), 118-139.
- Raz, J. (1991). *Razón práctica y normas*. Centro de Estudios Constitucionales: Madrid.
- Redondo, M. C. (2005). Razones y normas. *Discusiones*, (5), 29-66
- Redondo, M. C. (2007). Positivismo excluyente, positivismo incluyente y positivismo indiferente. En: Moreso, J. J. & Redondo, C. (Eds). *Un diálogo con la teoría del derecho de Eugenio Bulygin* (pp. 117-129). Madrid: Marcial Pons.
- Rodríguez, J. L. (1997). La derrotabilidad de las normas jurídicas. *Isonomía* (6), 149-167.
- Rodríguez, J. L. (1999). Lagunas axiológicas y relevancia normativa. *Doxa* (22) 349-369.
- Rodríguez, J.L. (2002). *Lógica de los sistemas jurídicos*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- Rodríguez, J. L. (2005). *Normas y Razones: aspectos lógicos y sustantivos*. *Discusiones* (5), 9-27.
- Rodríguez, J. L. & Sucar. (1998). Las trampas de la derrotabilidad. Niveles de análisis de la indeterminación del Derecho. *Doxa* (21), 403-420.
- Ross, W.D. (1939). *Foundations of ethics*. Oxford: Clarendon Press.
- Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego*. Madrid: Marcial Pons.
- Waluchow, W. (2012). Defeasibility and legal positivism. En: Ferrer Beltrán, J. & Battista Ratti, G. (eds). *Logic of legal requirements: essays on defeasibility* (pp. 254-267). Oxford University Press.
- von Wright, G. H. (1951). *Deontic Logic. Mind* (60). 1-15





Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Nocturno N° 2  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.40 x 2.10 m  
Año: 1988

## *Los impactos de la ley de inspección y vigilancia en la Autonomía universitaria en Colombia\**

---

\* Una primera versión de este artículo fue presentado al IV Foro Interuniversitario Poder Constituyente: autonomía y democracia para la vida y para la paz, que tuvo lugar en la Universidad de Nariño, Pasto, los días 20, 21 y 22 de mayo de 2015. Este artículo hace parte del trabajo intelectual de la autora.

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n159a11](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a11)

Fecha de recepción: 05 de junio de 2015

Fecha de aprobación: 06 de julio de 2015

# Los impactos de la ley de inspección y vigilancia en la Autonomía universitaria en Colombia

*María Rocío Bedoya Bedoya*<sup>1</sup>

## Resumen

La Ley de Inspección y Vigilancia de la Educación Superior –Ley 1740 de 2014- es aprobada en medio de un contexto en el cual se viene discutiendo la reforma de la Educación Superior en Colombia y, en particular, para darle solución a un problema que se presentó en la Fundación San Martín, institución de educación superior de carácter privado. El sentido y el alcance de la ley, ha generado diversas reacciones en ámbitos académicos, por considerar que atenta contra la autonomía de las universidades.

El propósito de este artículo es analizar las implicaciones de la *Ley de Inspección y Vigilancia* en la autonomía de las universidades públicas y privadas colombianas, en el entendido de que esta es una condición necesaria para que las universidades puedan realizar sus ejes misionales de la docencia, la investigación y la extensión sin interferencia alguna. Para lograrlo, plantaremos primero algunos elementos históricos y conceptuales sobre la autonomía universitaria; luego, analizaremos los impactos de la ley sobre la autonomía universitaria y, finalmente, la relación de la ley con el Plan Nacional de Desarrollo 2014- 2018, *Todos por un nuevo país*.

**Palabras clave:** Ley de inspección y vigilancia, Autonomía universitaria, impactos, riesgos.

## The impact of the Inspection and Surveillance Law on university Autonomy in Colombia

### Abstract

The Higher Education Inspection and Surveillance Law -Law 1740 of 2014- was approved in a context of discussion regarding the reform to higher education in Colombia. Particularly, the act aimed at solving a problem that arose with the San Martin Foundation, a higher education institution from the private sector. The meaning and scope of the act has given rise to mixed reactions among academics, who argue that it undermines the autonomy of universities.

The purpose of this paper is to analyze the implications of the Inspection and Surveillance Law regarding the autonomy of public and private universities in Colombia, with the understanding that autonomy is a necessary condition for universities to carry out their teaching, research and extension mission without any interference. To achieve this purpose, the first section of this paper presents some historical and conceptual elements of university autonomy; then, the authors analyze the impact of this act on university autonomy and, finally, the relationship of said act with the National Development Plan 2014-2018, *All for a New Country*.

**Keywords:** inspection and surveillance law, university autonomy, impact, risk.

---

1 Abogada, Doctora en Gobierno y Asuntos públicos, profesora titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Integrante del grupo de investigación Derecho y Sociedad. E-mail: mariarociobedoyabedoya@gmail.com y maria.bedoya@udea.edu.co A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

**Citación de este artículo con el sistema APA:** Bedoya Bedoya, M.R. (2015). Los impactos de la ley de inspección y vigilancia en la Autonomía universitaria en Colombia. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 249-268. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a11

# Los impactos de la ley de inspección y vigilancia en la Autonomía universitaria en Colombia

## Introducción

La Ley de Inspección y Vigilancia de la Educación Superior –Ley 1740– fue aprobada el 23 de diciembre de 2014 planteando como finalidad que el Ministerio de Educación Nacional fortalezca las facultades de la inspección y vigilancia a la educación superior en Colombia –de manera adecuada, preventiva– lo que garantice el derecho a la educación con calidad y continuidad a los estudiantes, respetando plenamente la autonomía de las Instituciones de Educación Superior (IES). Dicha ley desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política y modifica en parte la Ley 30 de 1992.

El Estado, so pretexto de ejercer control y vigilancia, quiere *intervenir* las universidades públicas y privadas, aprovechando una situación particular ocurrida en la universidad privada *Fundación San Martín*. Para ello, asume las tareas que debió realizar desde hace más de veinte años, en cumplimiento de la Ley 30 de 1992, eludiendo la responsabilidad que le atañe en la problemática que ahora pretende resolver e hiriendo de muerte el derecho a la autonomía que tienen las universidades en virtud de históricas luchas y del artículo 69 de la Carta Política colombiana.

Para el logro del objetivo propuesto, nos aproximaremos, en la primera parte, a unos elementos históricos y a una conceptualización de la Autonomía universitaria desde sus distintas dimensiones, características y límites; aspecto fundamental que es afectado pero que no se menciona en la ley objeto de análisis. En la segunda parte, analizaremos los impactos de la Ley de Inspección y Vigilancia sobre la Autonomía universitaria. Y, en la tercera parte, examinaremos la relación entre el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018: *Todos por un nuevo país*, así como la Ley de Inspección y Vigilancia y su impacto en la calidad de la educación.

Se concluye que aunque el Estado tiene la potestad de intervenir para garantizar la autonomía financiera de las universidades en Colombia, ha sido directamente responsable de la inadecuada financiación de las Universidades Públicas y de la afectación de su calidad, debido, entre otras razones, al aumento desmesurado de la cobertura en los últimos quince años. Además, con la Ley de Inspección y Vigi-

lancia, pretende intervenir las universidades colombianas con unas facultades tan exorbitantes que prácticamente acaban con la Autonomía universitaria, de allí la importancia de avalar las demandas de inconstitucionalidad contra la mencionada ley, en defensa de un derecho fundamental para las universidades –conquistado mediante las luchas estudiantiles–.

## **1. Autonomía universitaria: elementos históricos, dimensiones, límites y características**

La necesidad de la Autonomía universitaria aparece como constante desde finales del siglo XIX y principios del siglo XX en muchos discursos y congresos estudiantiles. De acuerdo con Marsiske, fueron los movimientos estudiantiles los “parteros” de la autonomía en América Latina: el movimiento de reforma iniciado en la ciudad de Córdoba, Argentina en 1918, el movimiento estudiantil de San Marcos en Perú y en la Universidad de la Habana, Cuba y el movimiento estudiantil de México en 1929. Todos ellos concibieron la autonomía en estrecha relación con una dirección democrática de las universidades que sumaba la participación de los estudiantes en las decisiones universitarias (2004, pp. 161 - 162).

Sin embargo, la autonomía no nace como un concepto acabado ni tiene una interpretación unívoca; su configuración es producto de situaciones y proyectos particulares en las diferentes universidades latinoamericanas, dependiendo –en buena medida– de las dinámicas propias de los movimientos estudiantiles en las distintas universidades, lo que nos permite identificar su carácter histórico. Por ejemplo, mientras el movimiento de reforma universitaria en Córdoba (1918), concebía una autonomía, con un carácter más bien económico cuando afirmaba que el Estado debía limitar su intervención en la universidad al otorgamiento del presupuesto; en México, el movimiento estudiantil (1929), no incluyó la autonomía como punto central de sus demandas, sino que habló en su pliego petitorio de la autodeterminación de la universidad, lo que revela que el concepto de autonomía ha sido objeto de muy diversas interpretaciones.

Desde el punto de vista jurídico, Autonomía universitaria significa, según Manuel Barquín:

(...) la posibilidad que tiene una comunidad de darse sus propias normas, dentro de un ámbito limitado por una voluntad superior que para el caso sería la del Estado. Esta capacidad que permite a una comunidad ordenarse a sí misma implica la delegación de una facultad que anteriormente se encontraba centralizada en el Estado (1979, p. 3).

Pero una autonomía efectiva necesita algo más que lo señalado en esta definición formal. Implica también que la organización de la universidad deba ser tal que asegure a sus miembros, sobre todo a quienes hacen parte del personal académico, una parte reconocida e importante en la toma de decisiones, en especial en lo referente a las políticas académicas. Este es el fondo de todo el asunto. Es decir: “existe una interrelación forzosa entre la ciencia moderna y la democracia, como posibilidad permanente de cambio y ésta a su vez garantizada en las universidades por la autonomía universitaria” (Sánchez Mc Gregor, 1979, p. 275).

En Colombia, la Autonomía universitaria se establece en el artículo 69 de la Constitución Política, el cual plantea dos dimensiones: la relativa a la autonomía académica, y aquella expresada en la posibilidad de autodeterminación de la organización interna de las universidades, esto es, la autonomía administrativa. Desde esta perspectiva, la Corte Constitucional –en la sentencia C-220 de 1997– señaló que si bien, por regla general, las actividades universitarias implicaban el ejercicio de ciertas actividades administrativas, en virtud del principio de Autonomía universitaria, se desprendían algunas funciones calificadas como “esenciales” a las cuales podía no atribuirse naturaleza administrativa, en razón a que no correspondían con la típica imposición jerárquica de los entes públicos, ni mucho menos con una actividad ordinaria del Estado, tratándose de las universidades públicas.

Acorde con lo planteado por la Corte Constitucional, por funciones académicas deben ser entendidas aquellas labores esenciales que desarrollan las universidades y que son consustanciales a su misión en la sociedad, es decir, a la contribución de la realización y consolidación de la cultura y a la formación de individuos que mediante saberes y conocimientos particulares reivindiquen el papel del ser humano como fin en sí mismo para el Estado (Bedoya Bedoya, 2014).

La primera, la autonomía académica, es una condición necesaria para que los ejes misionales de las universidades públicas, esto es, la docencia, la investigación y la extensión, se realicen sin interferencias políticas, ideológicas o religiosas. Es, además, garantía de laicidad y de pluralismo epistemológico e ideológico. La segunda, la autonomía administrativa, está al servicio de la primera, lo que quiere decir que entre la autonomía académica y la autonomía administrativa se establece una relación instrumental. El carácter secundario de la autonomía administrativa hace que esta última tenga un alcance diverso o, mejor, una vinculación diferente en comparación con la académica, en lo que tiene que ver con el principio de legalidad.

Conviene precisar que respecto a los actos estrictamente académicos, no procede el mismo control jurisdiccional al que podrían estar sometidos los actos universitarios creados en virtud de la autonomía administrativa. Lo cual significa que frente a los primeros, en caso de cumplirse las condiciones, se podría ejercer –a lo sumo– la

acción de tutela; mientras que para los segundos, cabrían las acciones de nulidad y todas aquellas que pueden ejercitarse contra los actos de la administración pública (Arias Holguín, 2014).

Conforme a lo expuesto, la autonomía administrativa no es absoluta y es mucho más limitada que aquella que atañe a la autonomía académica. Esto es así, además, por cuanto la Universidad, si bien no hace parte de la rama ejecutiva del poder público ni está sometida a los controles jerárquicos o de tutela –en razón de su autonomía–, sí hace parte de la Administración Pública y, por tanto, debe someterse en sus actuaciones administrativas a los parámetros que se derivan de la aplicación estricta del principio de legalidad.

De acuerdo con Axel Didriksson, existe una serie compleja de proyectos de universidad y sentidos políticos sobre la autonomía, la democracia y el gobierno universitario, que pone en evidencia una profunda afectación de la autonomía académica y de la participación de sus principales estamentos, debido a cambios en las formas de gobierno:

Los cambios que han venido ocurriendo en las formas de gobierno de la universidad moderna (...), han fortalecido la centralización del poder en la administración institucional y en la figura de sus autoridades, sobre todo de los presidentes, vicescancelleres o rectores. Los cambios en las formas de gobierno, a su vez, han propiciado un proceso de sustitución de los cuerpos colegiados y de la toma de decisiones de las comunidades académicas por órganos de política propios de autoridades (...). En el panorama que se ha presentado aquí, se puede observar este movimiento de carácter sobre todo político en donde las modificaciones en las formas de gobierno han propiciado la subordinación de la participación de académicos estudiantes y cuerpos colegiados, reduciendo con ello la autonomía académica y ampliando el poder del cuerpo de autoridades universitarias (1994, p. 9).

Dentro de la institucionalidad de las universidades públicas, la literatura disponible muestra que la Autonomía universitaria es, tal vez, el principio rector más importante. De acuerdo con Renate Marsiske, la Autonomía universitaria se caracteriza por tres aspectos (2004, p. 160):

- Gobierno propio: le permite legislar sobre sus propios asuntos en relación con la organización y elección de autoridades.
- Un ámbito académico: discrecionalidad para nombrar y remover personal académico (profesores), criterios de selección de estudiantes, formulación de planes de estudio, certificación y políticas de libertad de cátedra.
- Un ámbito financiero: libertad de destinación de ingresos y recursos, así como control de su presupuesto.

Además de estos tres aspectos, se reconoce la necesidad de asegurar una participación de todos los miembros del personal académico en los procesos de toma de decisiones; particularmente, en lo que se refiere a las políticas académicas. Esto sin duda, exige altos niveles de organización de la institución (Hurtado, 2013).

En el Estatuto General (1994) y el Plan de Desarrollo 2006-2016 de la Universidad de Antioquia. *Una Universidad investigadora, innovadora y humanista al servicio de las regiones y del país*; la Autonomía universitaria se expresa como la “capacidad de designar a sus autoridades académicas y administrativas (...), la autonomía se extiende a la definición de los actos de los órganos de gobierno de la Universidad y de los recursos contra ellos” (2006, p. 19). Si bien, en dicho plan se contempla la Autonomía universitaria como un principio fundamental del gobierno universitario, se evidencia la necesidad de abordar el estudio pormenorizado de este, tal como aquí se plantea.

En suma, la Autonomía universitaria es una conquista de los estudiantes en América Latina, cuyo carácter histórico da cuenta de diversos proyectos, diferentes enfoques y desiguales desarrollos, frente a un problema complejo de relaciones entre una corporación e instancias externas de decisión, cuyos principales aspectos se resumen en tres: el derecho de las universidades de darse su propio gobierno, el derecho a decidir sobre sus asuntos académicos y administrativos, y el derecho a autorregularse, expidiendo sus propios estatutos. Interesa en este artículo analizar de qué modo esta Autonomía universitaria se ve afectada por la aplicación de la Ley de Inspección y Vigilancia, la que a continuación abordaremos.

## **2. La Ley 1740 de 2004 y sus impactos sobre la Autonomía universitaria**

Mediante la Ley 1740 se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones. Su aprobación se hizo sin la participación de todos los actores implicados y su génesis plantea de entrada una dificultad: que un caso particular (como fue el problema de indebido desarrollo de la Autonomía universitaria, por parte de la Fundación San Martín, entidad de carácter privado) haya dado lugar a una decisión general, por una lógica casuística de un problema, generando la Ley de Inspección y Vigilancia que trasciende los límites que, por derecho propio, tienen las universidades de auto-gestionarse y auto-organizarse.

Esta ley es la respuesta a una necesidad puntual del Gobierno Nacional de contar con mayores y mejores herramientas para inspeccionar y vigilar la forma en la cual

se viene prestando en Colombia el SERVICIO PÚBLICO de la educación superior, especialmente por parte de los particulares, bajo la figura de las entidades sin ánimo de lucro y amparados bajo el principio de la Autonomía universitaria (Lombo, 2014).

En los artículos 6 y 8 de la mencionada ley se define la *Inspección* como la facultad del Ministerio de Educación Nacional para solicitar, confirmar y analizar en la forma, detalle y términos que determine, la información que requiera sobre la situación jurídica, contable, económica, administrativa o de calidad, en cualquier institución de educación superior, o sobre operaciones específicas de la misma a las que aplica esta Ley. Y la *Vigilancia*, como la facultad del Ministerio de Educación Nacional de velar porque en las instituciones de educación superior se cumplan con las normas para su funcionamiento, se desarrolle la prestación continua del servicio público ajustándose a la Constitución, la ley, los reglamentos y a sus propios estatutos en condiciones de calidad y para supervisar la implementación de correctivos que permitan solventar situaciones críticas de orden jurídico, económico, contable, administrativo o de calidad (Ley 1740/2014).

Dentro de las principales facultades de inspección y vigilancia que se le confieren al Ministerio de Educación, respecto a las Instituciones de Educación Superior –IES–, encontramos en los artículos 7 y 9, las siguientes:

i) acceder a información de las instituciones de educación superior; ii) solicitar reportes de información financiera; iii) verificar la información que se da al público en general para controlar y evitar los actos de publicidad engañosa; iv) exigir estados financieros y requerir su rectificación; v) interrogar a cualquier persona de la institución o terceros relacionados; vi) examinar y verificar la infraestructura institucional y las condiciones físicas en que se desarrolla la actividad; vii) solicitar la rendición de informes atinentes a los recursos de la institución; viii) averiguar y obtener información probatoria; ix) hacer seguimiento a las actividades de las IES; x) practicar visitas generales o específicas y adoptar medidas para subsanar irregularidades; xi) realizar auditorías financieras y contables; xii) dar trámite a las reclamaciones, con el fin de establecer responsabilidades administrativas y/o académicas; xiii) verificar que las actividades se desarrollen dentro de la ley, los reglamentos y los institutos de la institución; xiv) solicitar rendición detallada de informes jurídicos, contables, financieros y administrativos, xv) hacer acompañamiento para restablecer la continuidad del servicio o mejorar la calidad; y, xvi) conminar bajo el apremio de multas hasta de 100 SMMLV a directivos universitarios para que se abstengan de realizar actos contrarios a la ley o indebida destinación de recursos (Ley 1740/2014).

Si bien el proyecto de ley pretende avanzar en la regulación del ejercicio de la inspección y vigilancia, lo cual sin duda es un buen propósito frente a la regla-

mentación laxa y flexible que actualmente tiene la Ley 30 de 1992, es importante advertir que la nueva redacción se excede en sus facultades de inspeccionar y vigilar, al otorgar en el artículo 11, la facultad de *vigilancia especial* al Ministerio de Educación, para adoptar medidas preventivas por “interrupción anormal grave” en la prestación del servicio de educación, lo cual vulnera de manera flagrante la autonomía de las IES, dejando abierta la pregunta acerca de ¿Qué se considera una interrupción grave en una Universidad Pública, como la Universidad de Antioquia?

Todas estas facultades atribuidas al Ministerio de Educación, aunadas a la posibilidad de dirigir, coordinar y ejecutar políticas públicas de inspección y vigilancia; ejercer inspección y vigilancia de las normas constitucionales y legales que regulan la educación superior, expedir lineamientos y reglamentos, así como fijar criterios técnicos para su debida aplicación, coordinar con otros órganos del Estado y de la administración, crea una duplicidad entre la tecnocracia de los ministerios y la autonomía de quienes debemos dirigir las universidades (De Zubiria, 2015). Lo que atenta contra la Autonomía universitaria prevista en la Carta Política, artículo 69, por cuanto plantea una reglamentación excesiva, permite una intervención abierta en las IES y, en algunos aspectos, faculta la toma de las IES.

Además, desde el punto de vista de la técnica legislativa, incorpora una serie de normas en blanco<sup>2</sup> que permiten el uso de la ley con criterios políticos y policivos, como se expresa en todas aquellas sanciones administrativas que el artículo 17 de la Ley 1740 de 2014 a su tenor literal dice:

ARTICULO 17: SANCIONES. El Ministerio de Educación Nacional podrá imponer las siguientes sanciones administrativas, previa observancia del debido proceso señalado por la ley 30 de 1992, especialmente en sus artículos 50 y 51, así como en esta ley:

1. A los directivos, representantes legales, consejeros, administradores, revisores fiscales, o cualquier persona que ejerza la administración y/o el control de la institución de educación superior, que sean investigados:

1.1 Amonestación privada.

1.2 Amonestación pública.

1.3 Multas personales de hasta quinientos (500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

1.4 Suspensión en el ejercicio del respectivo cargo, hasta por el término de dos (2) años.

1.5 Separación del cargo.

2 En Derecho penal, se conocen como leyes penales en blanco o leyes necesitadas de complemento a aquellos preceptos penales principales que contienen la pena pero no consignan íntegramente los elementos específicos del supuesto de hecho, puesto que el legislador se remite a otras disposiciones.

1.6 Inhabilidad de hasta diez (10) años para ejercer cargos o contratar con Instituciones de Educación.

2. A las instituciones de educación superior investigadas:

2.1 Multas institucionales de hasta mil (1000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

2.2 Suspensión de programas académicos, registros calificados o nuevas admisiones, hasta por el término de dos (2) años.

2.3 Cancelación de programas académicos o de registros calificados.

2.4 Suspensión de la personería jurídica de la institución.

2.5 Cancelación de la personería jurídica de la institución.

Otros aspectos desafortunados de esta ley, son los siguientes: da igual tratamiento a dos sistemas educativos diferentes: el público y el privado, que por su naturaleza y sus fines, precisan de un trato diferencial; concentra en el mismo organismo (Ministerio de Educación Nacional) dos funciones que deberían corresponder a distintos organismos respecto a la educación, tales como el fomento y la inspección y vigilancia de la misma, lo cual no resulta conveniente para verificar que, en efecto, se cumpla la primera. Así mismo, tiene un origen ilegítimo porque nunca se consultó al sector educativo acerca de los contenidos de la ley; además, representa graves peligros para la Autonomía universitaria, en virtud de las facultades excepcionales, exorbitantes y abusivas que se atribuye este Ministerio.

Finalmente, esta ley desconoce la responsabilidad del Estado en los procesos de menoscabo de la calidad de la prestación del servicio público de educación superior, por cuanto en los últimos doce años sacrificó la calidad por aumentar la cobertura, se redujo el fomento a la oferta y se desestimuló la formación técnica profesional y tecnológica. Igualmente, solo el 11.5% (de las 289 IES) se encuentran con acreditación de alta calidad; el 20.76% están siendo investigadas y ha habido, por parte del Ministerio de Educación, un trato desigual para otorgar certificación de calidad (Lombo, 2014).

Ante los riesgos que esta ley representa para la Autonomía universitaria, se hace necesario:

- i) Revisar los alcances y la incidencia de la ley en la autonomía y funcionamiento de la Educación Superior, ya que en la manera como esta fue concebida, se parte de la desconfianza y se violenta la Autonomía universitaria.
- ii) Se requiere una reglamentación clara.
- iii) La Superintendencia de Educación requiere de una arquitectura especial que logre articular procesos de acreditación, aseguramiento y fomento con los procesos de inspección, vigilancia y control.

- iv) Construir los procesos mediante el consenso de todo el sector educativo y las comunidades académicas y científicas, y en general, de toda la comunidad educativa.
- v) Discutir lo que se viene para la educación en el Plan Nacional de Desarrollo y exigir que se garantice la Educación como Derecho Fundamental y como Servicio Público.
- vi) Que en dicha regulación se respeten las Instituciones de Educación Superior, y a sus directivos, se les reconozca su importancia y la labor desarrollada y, sobre todo, se les garantice, entre otros, los derechos constitucionales a la defensa; la Autonomía universitaria; al buen nombre y al debido proceso.
- vii) La implementación de este tipo de normas requiere la preparación y especialización de los funcionarios que ejerzan esta delicada, especial y necesaria función, con altos niveles de preparación en derecho administrativo y legislación educativa superior, con altos valores y principios éticos, criterios de evaluación académicos administrativos y experiencia en el sector, que conozcan la realidad de la vida universitaria y la complejidad de los procesos universitarios.
- viii) Se deben establecer límites a las facultades de la inspección y vigilancia, so pena de continuar enfrentando dos garantías de carácter constitucional (la Autonomía universitaria y el derecho de los colombianos a la prestación de un servicio público de calidad) y, por esta vía, acabar con muchas IES que hoy hacen un gran esfuerzo para prestar el servicio de la educación superior, las mismas que requieren del Estado —principalmente— medidas de apoyo, fomento y acompañamiento.

Actualmente se adelanta ante la Corte Constitucional, la demanda de Acción de Inconstitucionalidad contra la multicitada ley, instaurada por Ingridy Melissa Pastrana Soto y radicada bajo el N° D-10664 de febrero 17 de 2015. En esta, se demanda la totalidad de la ley por considerar que vulnera los artículos 1, 67, 68, 69, 160 y 163 de la Constitución Política de Colombia, al tiempo que se usó indebidamente el mensaje de urgencia previsto en el artículo 163 de la Constitución Política, con la consecuente vulneración del artículo 160 *ibíd.*, para el trámite del proyecto 124 de 2014 que dio origen esta ley tan relevante por los derechos de los que se ocupa, lo que evidencia que fue aprobada de espaldas a la comunidad educativa del país.

En la demanda, se destacan los siguientes aspectos: i) la normatividad constitucional infringida por vicios de trámite: artículos 1, 40, 67, 68, 69, 160 y 163 de la Constitución Política en los que se echa de menos la democracia participativa y la legitimidad de la ley en la definición del alcance del derecho fundamental a la educación superior y el principio constitucional de la Autonomía universitaria, lo cual es de vital importancia para la democracia constitucional; ii) uso indebido

del mensaje de urgencia contenido en el artículo 163 de la Constitución Política y consecuente vulneración del artículo 160 Ibid. debido a que este puede alterar de manera dramática el funcionamiento del Congreso de la República, desequilibrar los poderes gubernamentales y no permitir la adecuada deliberación parlamentaria, ni mucho menos la socialización y consulta con los diferentes actores de la sociedad (Pastrana Soto, 2015, pp. 6-17).

### **3. El Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. *Todos por un nuevo país*, su relación con la Ley de Inspección y Vigilancia y su impacto en la calidad educativa**

En el numeral anterior se avanzó en el examen a los impactos de la reciente Ley de Inspección y Vigilancia sobre la Autonomía universitaria; sin embargo, conviene examinar dicha ley a la luz del artículo 54 del Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018. *Todos por un nuevo país*, el cual a su tenor literal, dice:

Artículo 54. Sistemas nacionales de educación. Créese el Sistema Nacional de Educación Terciaria (SNET), conformado por toda aquella educación o formación posterior a la educación media, cuyo objeto es promover el aprendizaje a un nivel elevado de complejidad y especialización.

Pareciera que ante dicha norma, que introduce en el sistema educativo colombiano la educación terciaria, la Ley de Inspección y Vigilancia resultara inocua para la educación pos-secundaria, ahora sujeta a un nuevo régimen que deberá ser liderado por el Congreso de la República y no por el Ministerio de Educación, previos espacios de debate con todos los actores implicados.

También, en el artículo 85 del Proyecto de Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, que se refiere a la evaluación de la gestión financiera, técnica y administrativa de los prestadores de servicios públicos, se alude a la inspección y vigilancia que se ejercerá sobre los prestadores de servicios públicos sujetos a su control y de acuerdo con los indicadores definidos por las Comisiones de Regulación. De la redacción de la norma, se infiere fácilmente que se podrá ejercer este tipo de control sobre los prestadores del servicio de la educación, para lo cual se deberá ampliar la planta de personal y modificar la estructura interna del Ministerio de Educación Nacional, según lo dispuesto en el artículo 22 de la Ley 1740 de 2014.

Pero más allá de la relación entre el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 y la Ley de Inspección y Vigilancia, en el mencionado Plan, *Todos por un nuevo país*, hay una apuesta por la paz, la equidad y la educación, bajo un enfoque economicista

y centralizado que genera serias dudas sobre el logro de tales fines, en la medida que propone cambios institucionales y jurídicos en función de las exigencias de los Tratados de Libre Comercio –TLC–, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE–, el Banco Mundial –BM–, el Fondo Monetario Internacional –FMI– y la Organización Mundial del Comercio –OMC– y mediante el acuerdo del gobierno de crear tanto Mercado como sea posible y tanto Estado como sea necesario. En este compromiso, subyace claramente un enfoque tecnocrático y pobre conceptualmente a nivel pedagógico (De Zubiría, 2015), pues solo en nueve (9) de sus doscientos seis (206) artículos se refieren a la educación y tres (3) de ellos, no tienen nada que ver con ella porque se refieren a adjudicación de baldíos, al saneamiento de títulos de inmuebles y a la convalidación de títulos. Esto indica que se trata de hablar en nombre de la educación pero sin hablar de ella.

Los problemas fundamentales de la educación, tales como la calidad, la cobertura, la investigación, el bienestar universitario, la pertinencia, los nexos entre la educación y la cultura, el acceso a la educación superior de los jóvenes de hogares pobres, entre otros, no aparecen en ese plan que, al parecer, adopta un enfoque tecnocrático y de defensa de intereses privados y particulares, partiendo de un diagnóstico<sup>3</sup> famélico de la calidad educativa (pruebas PISA) que expresa una falta de conciencia histórica y privilegia la creación del sistema de educación terciario, que lo que propone de fondo es la tercerización neoliberal; cambia el concepto de derecho fundamental de la educación para todos y todas por el de oferta educativa para las élites que tienen como pagarla, lo que constituye una verdadera afrenta para toda la sociedad colombiana, al convertir la educación en una mercancía.

La propuesta de financiación de la oferta educativa a través del ICETEX, FINDETER, REGALÍAS Y PRÉSTAMOS, es evidencia de que no se garantiza la educación pública y gratuita, lo que revela una indolencia de nuestros sectores dirigentes y una prevalencia de la racionalidad instrumental y de la búsqueda de soluciones fáciles que caracteriza a los tecnócratas quienes, según Keynes, tienen la capacidad de acabar con lo máspreciado de una sociedad: la ciencia, la educación y la cultura. Está claro que no son ellos –los tecnócratas– sino los académicos, quienes deben y tienen el derecho de dirigir las universidades y tomar las decisiones que definan su rumbo, pues entregar la educación y la sociedad a los hombres que se dedican a los negocios, puede destruir la sociedad y si se entrega a los tecnócratas lo máspreciado de una sociedad, esto es, la ciencia, la educación y la cultura, estos la destruirán (Keynes, citado por De Zubiría, 2015).

3 Para un diagnóstico adecuado de la calidad educativa, ver a Brunner y Uribe (2007), De Sousa Santos (2007) y García (2013).

En cuanto a la financiación de la demanda educativa, el plan carece de una propuesta de políticas públicas colectivas que desarrollen un proyecto común. Por el contrario, acentúa el individualismo y el “sálvese quien pueda”, con propuestas como “ser pilo paga”, cuya mercantilización de la educación (Hobsbawm, 1998) se refleja en su propio slogan.

Volviendo al tema de la calidad de las universidades, es importante tener en cuenta que esta hace referencia a lo que tiene que ver con una serie de cualidades que se asignan a diferentes componentes de la vida universitaria: calidad de los programas, de los procesos de acreditación, de los procesos educativos y los resultados estudiantiles en las prueba PISA, calidad en las relaciones pedagógicas entre maestros y estudiantes, así como entre los mismos maestros. Todos estos procesos educativos presentan profundas diferencias con los procesos contables, administrativos u organizativos de las empresas con ánimo de lucro, frente a los cuales también se pretende mejorar este atributo, refiriéndose a *las rentas*. En el ámbito universitario, es más adecuado hablar de *mejorar la pedagogía universitaria*, cuando de evaluar la calidad se trata.

Se requiere una ley estatutaria de educación superior que concrete el derecho a la Autonomía universitaria que se estableció en la Carta Política, pues la Ley de Inspección y Vigilancia va más allá de lo permitido por el artículo 69 de la Carta y se extralimita en sus facultades. Además, preocupa que el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 promulga, por un lado, su compromiso con las necesidades del desarrollo regional y, por el otro lado, pretende consolidar la internacionalización, midiendo la calidad de la educación con las pruebas PISA, las cuales no resultan adecuadas para resolver las necesidades regionales en Colombia, pues las allí formuladas son ajenas a nuestras características culturales y particularidades regionales.

En cuanto a los fines propuestos en dicho plan —Paz, Equidad y Educación—, el orden debe ser invertido ya que se precisa de una Educación que promueva la Equidad para lograr la Paz y en ello es muy importante reconocer el papel de las universidades en la generación de conocimiento y en la divulgación y fomento de la cultura, con el propósito de contribuir al desarrollo económico y social de la Nación.

Se precisa entonces de un cambio de modelo educativo que sea consultado con los actores implicados, que tenga una visión del desarrollo con enfoque de derechos, que considere a todos los habitantes de Colombia como actores de paz y no solamente a los empresarios; que tenga una visión de la paz que se proyecte más allá del crecimiento del Producto Interno Bruto, que invierta más en la educación y en la salud que en la seguridad y defensa, que piense en un proyecto que responda a las necesidades y particularidades de nuestro país y no en el proyecto exigido por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico –OCDE–, que

incorpore un enfoque y una conciencia crítica del proceso educativo, que piense seriamente en cómo resolver los problemas de inequidad social de la educación, que garantice las libertades de cátedra y la Autonomía universitaria y, sobre todo, que garantice una educación concebida como derecho fundamental y bien común, promotora de la equidad para lograr la paz.

## Conclusiones

La Ley de Inspección y Vigilancia es una *Ley de Intervención, Intromisión e Injerencia* en la educación superior que pretende el ejercicio de una *autonomía enajenada*, en la cual los intereses de la comunidad académica aparecen representados mayoritariamente por el Ministerio de Educación Nacional y las autoridades de instituciones de educación superior que son extrañas a la mayoría de los miembros de las universidades, especialmente a las públicas.

Conviene develar el espejismo de la participación de “todos los actores del sistema” de los que habla el Consejo Nacional de Educación Superior—CESU—, en las últimas reformas 2014 y 2015, y oponernos a la lógica funcional de la acción colectiva destinada a adaptar la educación superior a las exigencias propias del modelo educativo privatizado y mercantilizado impulsado por la OCDE y otros organismos internacionales.

De otro lado, el debilitamiento relativo de las universidades, especialmente de las públicas, mediante la educación terciaria colombiana que anuncia el Acuerdo por lo Superior 2034 y la ausencia de bases materiales financieras, institucionales, comunitarias y políticas para soportarla, convierten la Autonomía universitaria en un principio abstracto (Múnera Ruiz, 2015), que impide a la comunidad educativa, participar en las funciones de dirección de las instituciones de educación.

Preocupa también que el artículo 11 de la Ley de Inspección y Vigilancia, consagra la posibilidad de una *vigilancia especial*, como una medida preventiva que podrá adoptar el Ministro (a) de Educación Nacional, cuando evidencie en una institución de educación superior una o varias de las siguientes causales: a. La interrupción anormal grave en la prestación del servicio de educación a menos que dicha interrupción obedezca a fuerza mayor o protestas de agentes de la comunidad educativa. b. La afectación seria de las condiciones de calidad del servicio. Evidentemente se trata de una medida de una gran amplitud, en cabeza de un ministerio que permitió el crecimiento de las universidades de baja calidad para ampliar la cobertura.

Como si fuera poco, el artículo 23 de la Ley de Inspección y Vigilancia autoriza al Gobierno para presentarle al Congreso un proyecto de ley mediante el cual se cree la *Superintendencia de Educación*, lo que se traduce en un aumento de la tecnocracia; así, la educación se asume como si solo se tratara de un servicio que prestan establecimientos públicos y no de un derecho fundamental y un bien público, un retroceso claro a las épocas precedentes a 1992.

Ante este panorama, se avizora que más allá del debate académico, en los próximos años la discusión se centrará en decisiones judiciales y normativas, tanto por los resultados de las demandas impuestas por abogados de la Universidad San Martín –que consideran que el Ministerio no siguió el debido proceso en su caso–, como en el difícil trayecto que debe enfrentar la Ley de Inspección y Vigilancia, también demandada ante la Corte Constitucional en acción pública de inconstitucionalidad, por considerarla violatoria de la Carta Política.

De no prosperar la demanda de inconstitucionalidad, también se vendrán los decretos de ajuste de la planta y estructura orgánica del Ministerio de Educación, para enfrentar las nuevas responsabilidades asignadas por la Ley, al igual que el esperado debate con las Instituciones de Educación Superior –IES– y los rectores en torno de las características, atribuciones y alcances de la nueva Superintendencia de Educación, lo cual, como se dijo anteriormente, generará una duplicidad de funciones entre esta nueva tecnocracia y las IES.

Algunos actores del sistema reconocen y admiten que en el ejercicio de la Autonomía universitaria se han extralimitado en algunos casos, bien sea por negligencia y falta de instrumentos de control del Gobierno Nacional o por la llegada de intereses ajenos a los académicos a la dirección de algunas IES, pero esto no significa que todas las IES hayan incurrido en este tipo de prácticas y que a todas haya que tratarlas igual. Todo indica que el Ministerio de Educación quiere aprovechar la coyuntura para intervenirlas a todas.

Es vital que haya claridad en torno a muchas preguntas que aún hay sobre la Ley, y otras más que aparecerán, pues su aprobación se dio con mensaje de urgencia y de espaldas a la comunidad educativa del país. Las universidades apenas se están percatado que se cambió parte de la Ley 30 de 1992 y que la Autonomía universitaria ha sufrido una reconceptualización tanto en su sentido como en sus alcances, lo que requiere un debate profundo por parte de todos los afectados y una reivindicación de la democracia participativa y de la legitimidad de las leyes que afectan a las Instituciones de Educación Superior.

Por su parte, el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, “*Todos por un nuevo país*”, avanza en la creación de un sistema para la educación superior que terminará

bajo el absoluto control del Ministerio de Educación Nacional. El sistema había empezado con la Ley de Inspección y Vigilancia, en la que se convierten dichas funciones en facultades de intervención directa en las Instituciones de Educación Superior y continúa con el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, *Todos por un nuevo país*, que reduce la jerarquía de la educación al darle únicamente el tratamiento de servicio público, desconociendo su condición de derecho fundamental y de bien común.

El componente pedagógico del mencionado Plan de Desarrollo y su articulado, es pobre conceptualmente en lo que tiene que ver con la educación. Comparado con los planes de Bolivia, Chile y Uruguay, es falso que Colombia pueda ser la más educada. Además, la financiación de este plan, se soporta en elementos que se salen de las manos al gobierno, mucho más con la crisis actual de los precios del petróleo y de los *commodities*.

Las facultades que pretende lograr el gobierno, a través del Plan Nacional de Desarrollo, son exorbitantes: ellas se piden para expedir normas con fuerza material de ley, encaminadas a crear, suprimir o fusionar la estructura orgánica y funcional de diferentes entidades del orden nacional, al tiempo que se aumenta la complejidad administrativa y las eventuales presiones burocráticas, con la creación de once (11) estructuras nuevas (la unidad de gestión que administrará los recursos del Fosyga –Fondo de Solidaridad y Garantía–, el organismo coordinador para el posconflicto, el sistema estadístico nacional, y otros).

En suma, las últimas reformas a la educación superior aprobadas por el gobierno nacional –Acuerdo por lo Superior 2034, *Ser pilo paga*, la Ley de Inspección y Vigilancia y el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2108, *Todos por un nuevo país*, van en contravía de la Autonomía universitaria, en cuanto pretenden imponer un modelo de educación cuyos retos son la competitividad económica y las necesidades del mercado de trabajo, cuestiones definidas de espaldas a los intereses de los actores y a los propósitos de las Instituciones de Educación Superior, especialmente las públicas.

Frente a este escenario necesitamos una autonomía integral y plena, cuyos sujetos sean las comunidades universitarias autogestionadas, con plenas garantías materiales para su ejercicio y orientada a garantizar el derecho a la educación superior por medio de una cobertura universal de igual calidad para todos y todas.

## Referencias

- Arias Holguín, D. (2014). *Acerca del Estado de Derecho en la Universidad de Antioquia. Especial referencia al proceso de reforma organizacional*. Documento de trabajo sin publicar, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Antioquia: Medellín
- Barquín, M. (1979) La autonomía universitaria antes y después de la reforma, constitucional 1979. *Deslinde*, (134), 1-21.
- Bedoya Bedoya, M. (2014) *Esbozo de los resultados de la consultoría contratada por la Secretaria General de la Universidad de Antioquia y realizada por un grupo de abogados y estudiantes de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la U.deA. sobre la revisión y actualización de la normativa universitaria*. Documento de trabajo sin publicar, Universidad de Antioquia: Medellín.
- Brunner, J. J. & Uribe, D. (2007). *Mercados universitarios: el nuevo escenario de la educación superior*. Santiago de Chile: Ediciones Universidad Diego Portales.
- Colombia. Departamento Nacional de Planeación. Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018. *Todos por un nuevo país*. Recuperado de <http://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Prensa/ArticuladoVF.pdf>.
- Colombia – Senado de la República. Constitución Política de 1991. Recuperado de <http://www.senado.gov.co/el-senado/normatividad/constitucion-politica>
- Colombia. Congreso de la República. Ley 1740, (23 de diciembre de 2014). Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones. Recuperado de [http://www.youtube.com/results?search\\_query=foro+por+el+fortalecimiento+de+la+educaci%C3%B3n+superior](http://www.youtube.com/results?search_query=foro+por+el+fortalecimiento+de+la+educaci%C3%B3n+superior)
- De Sousa Santos, B. (2007). *La Universidad en el siglo XXI. Para una reforma democrática y emancipatoria de la universidad*. Bolivia: Cides-Umsa, Asdi y Plural editores.
- De Zubiría, S. (2015). Foro por el fortalecimiento de la educación superior. Bogotá. Recuperado de <http://www.youtube.com/watch?v=ldM5OFU6khl>
- Didriksson, A. (1994). Gobierno universitario y poder. *Perfiles Educativos*, (64), 19 - 28.
- Didriksson, A. (2007). La universidad pública latinoamericana desde su autonomía. *Universidades*, (33), 17 - 23.
- El Observatorio de la Universidad colombiana. (2015). Así será el Decreto Reglamentario de la Ley 1740 de 2014. Recuperado de [http://www.universidad.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5567:2015-03-24-11-18-10&catid=16:noticias&Itemid=198](http://www.universidad.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=5567:2015-03-24-11-18-10&catid=16:noticias&Itemid=198)
- El Observatorio de la Universidad colombiana. (2015). Lo que significa para Colombia una Superintendencia de Inspección y Vigilancia. Recuperado de [http://www.universidad.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5359:lo-que-significa-](http://www.universidad.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=5359:lo-que-significa-)

- para-colombia-una-superintendencia-de-inspeccion-y-vigilancia&catid=16:noticias&Itemid=198
- García Ruiz, A. (2013). *Las ciencias sociales y su enseñanza práctica en Educación primaria y secundaria*. Granada: Universidad de Granada.
- Gasca Salas, J. (2015). El Financiamiento de las universidades públicas en México, Universidad de Nariño, San Juan de Pasto, mayo 20 de 2015. En memorias del *IV Foro Interuniversitario Poder Constituyente: autonomía y democracia para la vida y para la paz*.
- Hobsbawm, E. (1998). *Sobre la historia. Colección Crítica*. Barcelona: Editorial Grijalbo Mondadori S.A.
- Hurtado Galeano, D. P. (1998). *El gobierno de la Universidad de Antioquia*. En: Hurtado Galeano, D.P. (ed.), *Caracterización y análisis del gobierno universitario de la Universidad de Antioquia* (pp. 98-143). Medellín: Instituto de Estudios Políticos.
- Lombo, M. C. (2014). Proyecto de Ley sobre inspección y vigilancia desconoce la responsabilidad del Estado en el deterioro de la calidad de la educación. Recuperado de [http://universidad.edu.co/index.php?option=com\\_content&view=article&id=5300:pl-sobre-inspeccion-y-vigilancia-desconoce-la-responsabilidad-del-estado-en-el-deterioro-de-la-calidad-de-la-educacion&catid=36:ensayos-acadcos&Itemid=81](http://universidad.edu.co/index.php?option=com_content&view=article&id=5300:pl-sobre-inspeccion-y-vigilancia-desconoce-la-responsabilidad-del-estado-en-el-deterioro-de-la-calidad-de-la-educacion&catid=36:ensayos-acadcos&Itemid=81)
- Marsiske, R. (2004). Historia de la autonomía universitaria en América Latina. *Perfiles Educativos*, XXVI (106), 160-167. Recuperado de <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=13210609>
- Mayol Miranda, A. (2003). La Tecnocracia: el falso profeta de la Modernidad. *Revista de Sociología*, (17), 95 – 123.
- Múnera Ruiz, L. (2015). La Autonomía Universitaria y la PPET, Universidad de Nariño, San Juan de Pasto, mayo 20 de 2015. En: memorias del *IV Foro Interuniversitario Poder Constituyente: autonomía y democracia para la vida y para la paz*.
- Pastrana Soto, I. M. (2015). Demanda de Inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional colombiana contra la Ley 1740 de 2014. Expediente D-10664 de febrero 17 de 2015.
- Plan de Desarrollo 2006-2016. (2007). *Una universidad investigadora, innovadora y humanista al servicio de las regiones y del país*. Medellín: Universidad de Antioquia.
- Sánchez Mac Gregor, J. (1979). *La autonomía universitaria y el cambio social*. En Colección de Publicaciones del Cincuentenario de la Autonomía de la UNAM, Volumen I, México: UNAM.
- Torres, A. (2014). ¿Qué son las pruebas PISA? Recuperado de <http://www.las2orillas.co/que-son-las-pruebas-pisa-2/>
- Universidad de Antioquia. Acuerdo Superior N° 1 de 1994, por el cual se expide el Estatuto General de la Universidad de Antioquia. Recuperado de <http://secretariageneral.udea.edu.co/doc/a0001-1994.pdf>

Universidad de Antioquia. Plan de Desarrollo 2006 – 2016. Recuperado de [http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/ElementosDiseno/Documentos/General/plan\\_dlo.pdf](http://www.udea.edu.co/portal/page/portal/BibliotecaPortal/ElementosDiseno/Documentos/General/plan_dlo.pdf)



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Felino con espirales  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.00 x 0.80 m  
Año: 1981

## *Dos trinidades: acerca de La oculta*

---

\* Reseña del libro: Abad Faciolince, H. (2014). *La oculta*. Colombia: Alfaguara.

DOI: [10.17533/udea.esde.v72n159a12](https://doi.org/10.17533/udea.esde.v72n159a12)



# Dos trinidades: acerca de *La oculta*

## Two trinities: *About hidden*

*Julio González Zapata*<sup>1</sup>

He acabado de leer, con mucho placer, *La oculta*, de Héctor Abad Faciolince. No soy ni escritor, ni crítico pero me he atrevido a escribir estas notas, con la única relación que puedo tener con el libro: un lector agradecido, que ha encontrado en esta novela entretenimiento durante varias horas, casi días, en las vacaciones de un profesor que todo el año se pasa hablando a sus alumnos de criminología, delitos, penas, cárceles y otras cosas peores.

El libro gira alrededor de dos trinidades. Una individual y otra colectiva.

La trinidad individual está compuesta por Antonio, Pilar y Eva. Cada uno muy bien caracterizado. Antonio, artista, homosexual, visitador ya ocasional de *La oculta*, reflexiona sereno sobre su condición, pero sin poder olvidar todos los dolores, traumas y hasta intentos terapéuticos-religiosos, que tuvo que enfrentar para superar su “mal”. En el otoño de su vida, puede mirar con tranquilidad, no solo la mezquindad, el machismo y la ceguera de la sociedad antioqueña sobre aquellos que son diferentes a la mayoría, sino también su propio desenfreno, cuando pensaba que su homosexualidad le otorgaba una libertad que había que derrocharla sin límites y sin barreras, como si un uso racional, se la hiciera perder. Una paradójica libertad, que muchas veces, producía culpas, arrepentimientos y temores de castigos, ya no metafísicos sino corporales, como el Sida. Toda la vida se pasó tomando notas para reconstruir la historia de su familia, indisolublemente unida a *La oculta*, y hasta llegó a soñar con irse a vivir a Jericó, con su pareja, en medio de museos y recuerdos.

---

1 Abogado, profesor titular de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. E-mail: juliogzapata@yahoo.com y julio.gonzalez@udea.edu.co. A.A. 1226. Dirección de correos U. de A.: calle 70 N°. 52-21, Medellín, Colombia.

**Citación de este artículo con el sistema APA:** González Zapata, J. (2015). Reseña. Dos trinidades: acerca de *La oculta*. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 271-273. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a12.

Pilar es la mujer tradicional, de muy pocas dudas en su vida. Ni frente al matrimonio, ni a los hijos, ni a la religión, ni a la familia, ni a la finca, ni a nada. A pesar de su rectitud, de la seguridad en sus principios, en algún momento tiene que transar acerca de ellos. Lo hace por lo menos en dos ocasiones: cuando tiene que negociar con los paramilitares para que los dejen en paz y no les acaben la finca, y cuando tiene que soportar la invasión de tractores, retroexcavadoras, motosierras, ingenieros y obreros, acabando la finca para convertirla en una parcelación de casas urbanas en el campo. Es indudablemente el personaje más interesante desde un punto de vista ético, porque en su caso no se trata de la apuesta por la libertad que hacen Antonio y Eva, sino de una negociación que se le impone desde afuera. Inclusive cuando tuvo que pagarle a los guerrilleros por la liberación de su hijo, allí tambaleó la economía familiar, pero no los principios.

Eva por su parte, representa la bisagra entre la mujer tradicional antioqueña y la mujer moderna. Inteligente, pilosa en el estudio, acepta estudiar no lo que quiere sino lo que le conviene al negocio de la familia. Independiente, se casa varias veces, aborta, se hace madre soltera pero no como fruto de una imprudencia, sino de manera perfectamente deliberada, teniendo como padre de su hijo, a uno de sus exmaridos. Un personaje que se desliza desde la tradición sin dramatismos, pero de manera radical y además termina, en una versión femenina de Serrat, en los brazos de una piel dulce, de una arquitecta de veinte años, *donde olvidar los desengaños de diez lustros de amor*, tía Eva.

La trinidad colectiva, la forman los guerrilleros, los paramilitares y los empresarios. De los primeros se narra, sin exageraciones, todo el dolor y la miseria que implican para tantas personas, el drama del secuestro, la insolencia de unos principios que se han vuelto tan abstractos, que suenan a religiosos, sin ningún contacto con la realidad. Sobre los segundos, sus amenazas, su tentativa de matar a Eva, de destruir todo lo que encuentren a su lado, sus terribles campañas de limpieza social, política y social, sus métodos de una barbaridad apenas descriptible, su prepotencia, sus temibles aliados, la sangre y la destrucción que dejan a su paso, como modernos Atilas. Y finalmente, los empresarios, con sus proyectos, sus innovaciones, sus presupuestos, sus inversiones, su manera de hacer dinero, y sobre todo, la forma como también destruyen todo a su paso: las quebradas, las montañas, los paisajes, el nido de los pájaros, los lagos de las cigüeñas, los caminos de los campesinos, para tener en el campo la réplica de las casas de los mafiosos, de los moles comerciales, de las piscinas climatizadas, sus yacuis, etc. Con los empresarios, se confunden, otra vez los medios y los fines. Si los guerrilleros y los paramilitares, creían en unos fines, los empresarios, no ven en todo sino un medio de enriquecerse, de acumular y eso lo llevan a arrasar con todo. Incluida *La oculta*. No amenazan con matar directa-

mente, no secuestran, pero extorsionan con el espejismo de las ganancias y de la rentabilidad. Y de esa manera, destruyen más intensamente y más hipócritamente, porque no se trata de delitos directamente, sino de negocios.

Es un libro que mira la Colombia de antes, y como fue dándose lenta, casi imperceptiblemente, la forma que tiene en el presente. O tal vez mejor, una Colombia, que siempre ha sido devoradora. Primero de montes y montañas y después de lo que quedaba. Que ha tenido que convivir con muchas plagas y que no parece tener un futuro. Pero sería injusto decir que es una novela triste o que no cuenta sino tragedias. También cuenta cosas muy bellas y emocionantes, como la iniciación sexual, inclusive la de Pilar y Alberto, su esposo, que parece el seguimiento de un manual médico y las espontáneas, asustadoras e inolvidables de Antonio y Eva. Los encuentros con la familia, los amigos, los amores. Los placeres que producen los sentidos: los ojos para ver y leer, los oídos para la música y las declaraciones de amor, la lengua para saborear las comidas, las hojitas del campo, los cuerpos ajenos y la piel para aislarse del mundo y sentirse cerca de los demás, casi que entre y con los otros.

Si bien, por lo menos en la novela, los paramilitares y la guerrilla han empezado a silenciarse, los empresarios cada vez suben el tono de su voz. De hecho, son los empresarios los que obligan a Antonio a olvidar los planes de reconstruir el pasado y volver a Jericó, aun cuando en esto también ayudó la decisión de su pareja de no acompañarlo a una tierra tan húmeda, tan monótona y siempre igual, casi todo el año. A Pilar y a Alberto, los obligó a vivir casi encarcelados, esperando la muerte, que era ya lo único que podían esperar. Y a Eva le volvió a dar alas.

Tal vez, la pregunta que surge del libro, sería esta: ¿será posible una Colombia donde la gente pudiera hacer su vida con tranquilidad, sin la continua zozobra de que alguien se enamore de lo poco o mucho que tenga el otro y que finalmente, pueda hacer eso que en otro contexto pudiera parecer tan elemental: vivir?





Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez  
Título: Los heraldos de la muerte  
Técnica: Óleo sobre lienzo  
Dimensiones: 1.20 x 1.50 m  
Año: 1981

***Instrucciones a los autores para la  
presentación de artículos a la revista  
Estudios de Derecho***



# Instrucciones a los autores para la presentación de artículos a la revista Estudios de Derecho

## Convocatoria permanente

La Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, convoca a la comunidad académica nacional e internacional, a presentar sus artículos para evaluación y publicación en la revista Estudios de Derecho.

La revista está dirigida a profesionales e investigadores interesados en divulgar y conocer, de manera esencial y prioritaria, resultados de investigaciones en temas relacionados con el Derecho y la Ciencia Política, desde cualquier perspectiva.

Los artículos se reciben permanentemente, mediante el *Open Journal System* registrándose en: <http://aprendeonline.udea.edu.co/revistas/index.php/red> o remitidos al correo electrónico [revistaestudiosdederecho@udea.edu.co](mailto:revistaestudiosdederecho@udea.edu.co).

La revista Estudios de Derecho, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia, con ISSN 0120-1867, se encuentra en las bases bibliográficas IBSS, Sociological Abstracts, Pubindex<sup>1</sup>, CLASE, Lexbase, Latindex, EBSCO Publishing, GALE-CENGAGE Learning, ProQuest Social Science y Scielo.

Se dará prioridad a los artículos resultado de investigación e innovación, para esto tenga presente que según Colciencias<sup>2</sup> son:

**Artículo de investigación:** 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.

**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.

---

1 La revista está participando en la convocatoria para la segunda actualización 2014 –Pubindex–, realizada por Colciencias.

2 Documento Guía del Servicio de Indexación de Revistas Seriadadas de Ciencia, Tecnología e Innovación Colombianas -2010, 2013.

**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.

Es conveniente resaltar que según los mismos documentos Colciencias:

En ningún caso se aceptará como <<artículo de investigación e innovación>> contribuciones como publicaciones no derivadas de investigación, resúmenes, comunicaciones a congresos, cartas al editor, reseñas de libros, bibliografías, boletines institucionales, notas editoriales, necrologías, noticias o traducciones de artículos ya publicado en otro medio, columnas de opinión o coyuntura, y similares (esto aplica aún en los casos en que se documente que los mencionados tipos de contribución han sido objeto de evaluación por pares).

A los interesados en postular sus artículos, los invitamos a leer las siguientes **instrucciones:**

Los autores enviarán sus artículos con una constancia en la que se indique que el texto es de su autoría, que no ha sido remitido a otra revista simultáneamente y que es inédito -salvo los textos que hayan sido publicados en otros idiomas (en tal caso se deberá hacer referencia a la publicación inicial)-.

Una vez aprobado el artículo para publicación, deberán diligenciar formato que les enviará la dirección de la revista para ceder derechos patrimoniales; allí autorizarán la reproducción del artículo, su distribución, comercialización y divulgación por cualquier medio, impreso o electrónico, incluida la internet.

El texto debe tener en su estructura:

- Título, subtítulo si lo hubiere y resumen en español e inglés.
- Pie de página al título en el cual se indique: 1) tipo de artículo, 2) título del proyecto de investigación del cual se deriva; 3) grupo de investigación y línea; 4) nombre del investigador principal y de los coinvestigadores; 5) instituciones que financiaron el proyecto; y 6) fecha de terminación de la investigación.
- Nombres y apellidos del autor o autores. En pie de página: 1) filiación institucional; 2) formación académica; 3) grupo y línea de investigación al que pertenece el autor; 4) dirección electrónica.
- Resumen del artículo de máximo 200 palabras. Contiene básicamente objetivos, metodología y resultados. Debe presentarse en español e inglés.

- Palabras clave. Mínimo 3, máximo 6. Deben presentarse en español e inglés.
- Introducción. En ella se incluye de manera breve el problema estudiado, la metodología empleada en el desarrollo de la investigación, los resultados y la estructura del artículo.
- Desarrollo del artículo. Se ajustará al tipo de artículo.
- Conclusiones, resultados, hallazgos, recomendaciones, esto según el tipo de artículo.
- Referencias.

La presentación del artículo se debe ajustar a los siguientes aspectos formales:

- Extensión máxima del artículo: 30 páginas incluyendo referencias.
- Todo el texto en tipo de letra Times New Roman, tamaño 12, interlineado 1.5, hoja tamaño carta, márgenes de 2.5 cm, pie de página tamaño 10.
- Sistema de citación y lista de referencias atendiendo las normas APA, versión 2006.
- Formato Microsoft Word 97-2003.
- Adicional a lo anotado, si los autores no tienen vínculo laboral con la Universidad de Antioquia, deben adjuntar un resumen de su hoja de vida.

## **Proceso de selección y arbitraje**

La dirección de la revista comunicará a los autores la recepción de los artículos y el inicio del proceso editorial; revisará el cumplimiento de los requisitos de forma y si encuentra necesario devolverá el texto a los autores para correcciones formales.

Verificados los requisitos formales, el Comité Editorial nombra árbitros para la evaluación, siguiendo el principio de anonimato tanto para el autor como para el evaluador.

Los árbitros tendrán 15 días hábiles para emitir su concepto.

La dirección y el Comité Editorial revisarán los conceptos de los pares y decidirán sobre la publicación, publicación sujeta a modificaciones o no publicación del artículo; para las modificaciones el autor cuenta con 15 días calendario.

La dirección de la revista comunica la decisión a los autores.

## Algunas recomendaciones para el uso del sistema de citas APA (Asociación Americana de Psicología), versión 6

- Cita directa en el cuerpo del texto: se escribe entre paréntesis el apellido del autor, el año de publicación de la obra y la página citada. Ejemplo: “La importancia de citar en revistas indexadas de manera adecuada” (Quiceno, 2011, p. 3). Si el apellido del autor ya fue indicado en el texto, la cita entre paréntesis incluye solo el año y la página. Ejemplo: Como afirma Quiceno (2011, p. 3).
- Cita directa inferior a 40 palabras: se escribe inmersa en el texto y entre comillas, seguida de la información de la fuente, sin cursiva.
- Cita directa superior a 40 palabras: se inicia un nuevo párrafo, antecedido por dos puntos (:) aparte, con 1 cm. de sangría, sin comillas y tamaño de letra 11, sin cursiva.
- Reglas según autores. Cuando son dos autores, se separan los apellidos por “&”, ejemplo: (Quiceno & Hernández, 2009, p. 10). Cuando son tres a cinco autores, la primera cita deberá indicar todos los apellidos, las subsiguientes incluyen solo el primer apellido, seguido de las palabras *et al.* Ejemplo: (Quiceno, Lopera, Restrepo & Rosales, 2011, p. 3), (Quiceno *et al.*, 2011, p. 3).
- En el caso de las normas jurídicas y textos religiosos, tenga en cuenta la Norma Técnica Colombiana –NTC- 5613.
- Cita de artículo *on line* con DOI. Según las normas APA, el DOI “es un código único que tienen algunos artículos extraídos de bases de datos en la web. Cuando el artículo tiene DOI se omite la URL y la fecha de recuperación del artículo”. Al elaborar la cita, incluya al final el DOI.
- Cita de artículo *on line* sin DOI. En este caso se incluye al final la URL.

Al final del texto se incluyen solo las referencias de las fuentes usadas en la construcción del artículo.

A continuación se ofrecen algunos ejemplos de referencias

### 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://criminet.ugr.es/recpc/15/recpc15-01.pdf>

**Sentencias nacionales**

Corte Constitucional Colombia, Sentencia C-230 (2010)

Corte Suprema de Justicia, Sala \_\_, MP. \_\_, radicado No. \_\_, fecha d/m (año)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección \_\_, MP: \_\_, Radicado No. \_\_, fecha d/m/ (año)

**Sentencias internacionales**

Nombre v. 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-quedo-de-reforma-tributaria>

**Revista Estudios de Derecho**

**Facultad de Derecho y Ciencias Políticas**

**Universidad de Antioquia**

**Ciudad Universitaria: Calle 67 N°. 53 -108, bloque 14 oficina 106. Medellín.  
Colombia**

**Teléfono: (574) 2195860**

**Correo electrónico: [revistaestudiosdederecho@udea.edu.co](mailto:revistaestudiosdederecho@udea.edu.co)**

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

**ESTUDIOS DE DERECHO**



**Suscripción nacional**

Nombre \_\_\_\_\_

Documento \_\_\_\_\_

Departamento \_\_\_\_\_

Dirección \_\_\_\_\_

Teléfono \_\_\_\_\_

Ciudad \_\_\_\_\_

Correo electrónico \_\_\_\_\_

Fecha de la suscripción \_\_\_\_\_

Firma del suscriptor \_\_\_\_\_

Consignación N.º \_\_\_\_\_

Efectivo \_\_\_\_\_

**Consignación**

Valor de la Suscripción anual \$20.000

Cuenta de ahorros BANCOLOMBIA 1053-7037272

A nombre de la Universidad de Antioquia

\*Para surtir el proceso de suscripción deberá enviarse este cupón al correo electrónico:

[revistaestudiosdederecho@udea.edu.co](mailto:revistaestudiosdederecho@udea.edu.co)

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N.º 53-108, Bloque 14, Oficina 106

Teléfono: 219 58 60 – 219 58 61

Email: [revistaestudiosdederecho@udea.edu.co](mailto:revistaestudiosdederecho@udea.edu.co)

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

**ESTUDIOS DE DERECHO**



**International subscription**

Name \_\_\_\_\_  
Identification \_\_\_\_\_  
Country \_\_\_\_\_  
City \_\_\_\_\_  
Address \_\_\_\_\_  
Telephone number \_\_\_\_\_  
Postal code \_\_\_\_\_  
Email \_\_\_\_\_

**Intermediary bank**

Citibank New York  
111 Wall street New York,  
N.Y. 10103  
ABA: 021000089  
Swift: Citius 33

**Paying bank**

Bancolombia Colombia  
Bank Count Citibank of New  
York: 36006658  
Swift: Colocobm  
CHIPS UID: CH005211

**Deposit**

Cost of the annual subscription USD \$30

Checking account BANCOLOMBIA Colombia **001-980040-25**

Universidad de Antioquia Nit: # 890.980.040

\*To accomplish the subscription process you have to send this checking account in an email to this address: [revistaestudiosdederecho@gmail.com](mailto:revistaestudiosdederecho@gmail.com)

Facultad de Derecho y Ciencias Políticas – Revista Estudios de Derecho

Ciudad Universitaria: Calle 67 N° 53-108, Bloque 14, Oficina 111

Teléfono: 219 58 60 – 219 58 61

Email: [revistaestudiosdederecho@udea.edu.co](mailto:revistaestudiosdederecho@udea.edu.co)

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

Se terminó de imprimir en la editorial  
L. VIECO S.A.S.  
en el mes de junio de 2015

